

ITINERARIO DE LA FORMACIÓN HISTÓRICA DE LA IDEA CONTRACTUAL EN EL MATRIMONIO OCCIDENTAL

JAIRO JOSÉ GUZMÁN GARCÍA
Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad Centroamericana

"A sí, pues, como en el matrimonio hay cierta unión espiritual, por lo que tiene de sacramento, y también alguna unión material, en cuanto es un acto natural y de vida civil, conviene que mediante el elemento natural se produzca el efecto espiritual por la virtud divina. Síguese de ahí que, como las asociaciones que provienen de los contratos materiales se verifican por mutuo consentimiento, es preciso que de igual modo se efectúe la unión matrimonial" "... en el matrimonio se celebra un contrato entre el varón y la mujer; y en todo contrato deben proferirse palabras mediante las cuales se obliguen los hombres mutuamente...resulta claro que la unión matrimonial se verifica en forma semejante a como se produce la obligación en los contratos materiales. Y, como quiera que éstos no llegan a realizarse mientras los contratantes no se manifiesten el uno al otro su voluntad por medio de palabras, asimismo hace falta expresar verbalmente el consentimiento que es causa del matrimonio...". SANTO TOMÁS DE AQUINO Suma Teológica, T. XV, "tratado del orden y del matrimonio", supl. Q. 45, art. 1

1 Ubicación del tema

La institución matrimonial, dentro de la cultura jurídica de occidente, ha evolucionado secularmente a partir de la tesis canónica del mismo, en la cual, por la

incidencia del Derecho romano, el consentimiento constituye piedra angular de su todo.

Así pues, el devenir temporal del matrimonio dentro de los conceptos jurídico-civiles ha partido de la explicación de éste como un acto jurídico a través del cual se confecciona un contrato. Noción que por su parte encontró cabida, primero dentro del texto constitucional francés de 1791¹ y en el Derecho de la codificación napoleónica después. Pasando, lógicamente a ser parte de la tradición jurídica consagrada en los textos de algunos códigos inspirados directamente en el prototipo francés, como es el caso del código civil de Nicaragua de 1904, en su artículo 94: *"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida, y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio"*.

Este trabajo pretende mostrar la manera en que esa idea contractual se gestó y llegó a integrarse dentro del Derecho Civil codificado.

2 Evolución conceptual del matrimonio

2.1 El matrimo en Roma

2.1.1 Concepto de matrimonio para los romanos

Afirmación común de la moderna doctrina romanista es que el matrimonio en Roma no pasó nunca de ser un hecho social², en cuanto para los romanos el matrimonio fue algo perteneciente al campo ético y religioso, y en consecuencia,

- 1 Tit.II, art.7: "La ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil. El poder legislativo establecerá para todos los habitantes, sin distinción, los modos de hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones, y designará los funcionarios públicos que hayan de autorizar y conservar las actas".
- 2 Así lo acepta buena parte de la doctrina, V.gr.: KASER, Max; Derecho Romano Privado; versión directa de la 5ª edic. alemana por José Santa cruz Teijeiro; Reus S.A; Madrid; 1968; pág. 256; MIQUEL, Joan; Derecho privado romano; Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A; Madrid; 1992; pág. 358; D'ORS, Alvaro; Derecho Privado romano; 8ª edición revisada; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1991; pág. 285; TORRENT, Armando; Manual de Derecho privado romano; Librería Central S.A; Zaragoza; 1987; págs. 525, 526, 531, tamb. RDN CXLI-CXLII, 1988, 291; SCHILLEBEECKX, Edward; El matrimonio realidad terrena y misterio de salvación, 2ª edic., Ediciones Sígueme; Salamanca; 1970; pág. 211; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; REINA, Víctor / MARTINELL, Josep María; Curso de Derecho Matrimonial; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid; 1995; pág.100 y en REINA, RDPRIV LIII, 1969, 837; DAZA MARTÍNEZ, Jesús / RODRÍGUEZ ENNES, Luis; Instituciones de Derecho Privado Romano, 2ª edición; Madrid, 1997; págs.393 s.,396; GARCÍA GÁRATE, Alfredo; El matrimonio religioso en el Derecho Civil; Alfredo García Gárate; 1995; pág. 36; El matrimonio en general, en: Lacruz José Luis, Albaladejo Manuel, Tratado Teórico práctico de Derecho Civil, T.IV, Vol.1º, Derecho de familia, el Matrimonio y su economía; librería Bosch; Barcelona; 1963; pág.39; MONTERO DUHALT, Sara;

el Derecho no contempló con carácter de importancia, ninguna regulación obligatoria de las formas, requisitos o condiciones necesarias para su constitución, y tan sólo se limitó a la asignación de algunas consecuencias jurídicas a partir de ciertas circunstancias originadas por el mismo.

No obstante, para llegar a semejante conclusión hubo de transcurrir mucho tiempo, pues durante siglos, desde la recepción del derecho romano hasta la decimonovena centuria después de Jesucristo, se sostuvo firmemente la tesis de que para los romanos el instituto matrimonial constituyó un contrato de carácter consensual³, tal opinión se debió en gran medida a la interpretación, que sobre el rol del consentimiento en los textos romanos, hiciera la doctrina eclesiástica, tomándolo como elemento del cual nace el vínculo matrimonial⁴.

Por ello el origen de esta incorrecta afirmación debe buscarse, en primer lugar, en la elaboración de la doctrina clásica del matrimonio, por parte del Derecho canónico, que incorporó elementos puramente romanos, tal como el consentimiento

Derecho de Familia, 3ª edición; Editorial Porrúa S.A; México D.F; 1987; pág.106; GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, pág. 99; ROYO MARTÍNEZ, Miguel; RCRITDI, T. VIII, 1932; pág. 351; REINA, Víctor; "Matrimonio Canónico y Civil de los cristianos. Presupuestos doctrinales", RDPRIV, T. LIII, enero- diciembre 1969; pág.837; IGLESIA FERREIROS, Aquilino; "Uniones matrimoniales y afines en el derecho histórico español", RDN; números LXXXV- LXXXVI, julio- diciembre de 1974; pág.75; SOUTO PAZ, José Antonio; Derecho matrimonial; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid, Barcelona; 2000; pág.39; RAVÁ, Adolfo; Lezioni di diritto civile sul Matrimonio, 3ª ediz ; Cedam; Padova; 1935; pág. 44; MARTINI, Remo; Appunti di "istituzioni di Diritto romano"; libreria Ticci; Siena; 1993; pág. 18. En contra Véase: ALONSO PÉREZ, Mariano; "La familia entre el pasado y la modernidad Reflexiones a la luz del derecho Civil", AC 1998-1; pág. 7: "el matrimonio es un negocio jurídico consensual apoyado en la *affectio maritalis* continuada, de modo que si ésta desaparece -intención de ser marido y mujer o de amarse como tales-, el vínculo se disuelve"; ALONSO PÉREZ, Mariano, "Acerca del matrimonio civil", RDPRIV, T. LXII, febrero 1978; pág.17. "En el período clásico, el matrimonio era un contrato consensual dependiente de la voluntad de los esposos": FOSAR BENLLOCH, Enrique; "El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El Vínculo matrimonial ¿es disoluble?", RCRITDI, T. LII, septiembre- octubre 1976; pág. 1099.

- 3 ORESTANO, Riccardo; La struttura giuridica del matrimonio romano dal Diritto classico al Diritto Giustiniano; A. Giuffrè; Milano; 1951; pág. 19-60; TORRENT, Manual, 1987, 530; ROBLEDA, Olís S.J; El matrimonio en derecho romano, esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad; Librería editrice Università Gregoriana; Roma; 1970; pág.72; GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 85; FLORES, El matrimonio, 1952, 47.
- 4 GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 92, refiere que "a Manenti le cabe la gloria de haber terminado con la vigencia de la doctrina contractualista"; Cfr. Tamb. DAZA MARTÍNEZ, Jesús/ RODRÍGUEZ ENNES Luis; Instituciones de Derecho Privado Romano, 2ª edición; Madrid, 1997; ROYO MARTÍNEZ, Miguel; Derecho de Familia; Imprenta Suárez; Sevilla; 1949; pág.23; LLANO CIFUENTES, Rafael; "A natureza Juridica do matrimonio a luz do novo código de direito canonico", IC Vol. XXVII, numero 54, julio- diciembre 1987, pág. 565.

necesario para la existencia del matrimonio, adoptándolo como la causa eficiente del mismo y confundiendo la *affectio maritalis* con una voluntad contractual.

Básicamente puede destacarse, como de trascendental importancia para la formación del criterio contractual en el Derecho romano, las palabras que integran los no muy numerosos testimonios de tratamiento jurídico del matrimonio en Roma, que hacen alusión preeminente al consentimiento como elemento de carácter esencial dentro del vínculo matrimonial.

Debemos destacar que esos testimonios, no numerosos, que aparecen en el *Corpus Iuris*, tan sólo hacen referencia a la mera relación matrimonial, mas no al acto por el cual se genera la misma, por lo cual tan sólo se perfila una visión general de lo que en Roma constituía⁵ el matrimonio.

Las citas que a lo largo de la historia han gozado de gran aceptación y uso, por su descriptivo contenido son sin duda los conceptos brindados por Modestino⁶ y Ulpiano⁷: "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*" "*nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens*". Pese a que algunos autores⁸, señalan que la primera frase constituye una reproducción de la segunda⁹, lo únicamente cierto es que ambas nos brindan una muestra latente de lo que para esa "madre" de culturas -como lo fue Roma- constituía la estudiada institución¹⁰.

5 Lo que dicen los autores romanos está referido a la mera relación matrimonial, no al acto constitutivo mismo: entre otros, ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 61; FORNÉS, Juan; Derecho matrimonial canónico, 3ª edic. Tecnos; Madrid; 1997; 16.

6 Digesto, Libro XXIII, Título II, en Cuerpo del Derecho Civil Romano, trad. al español del texto latino de KRIEGL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, por Ildefonso L. García del Corral; 1ª parte, Digesto T.II; Jaime Molinas editor, Barcelona, 1892, (reimpresión a cargo de la editorial Lex Nova; Valladolid; 1988) pág. 112.

7 Inst.I, IX, 1; Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegl, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. I, Institutas, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1889 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág.12.

8 ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 60; GANGI, Derecho, 1960, 7.

9 FORNÉS, Derecho matrimonial, 1997, 16, expresa que más bien, la conceptualización de Modestino era usada en función hermenéutica con el fin de completar la significación de la de Justiniano (Ulpiano).

10 Gaudemet, Jean; el matrimonio en occidente, trad. María Barberán y Florentino Traperó; Taurus humanidades; Madrid; 1993; pág. 34, expresa, no obstante, que pese a las consideraciones de ser el matrimonio una cuestión de hecho, a los efectos jurídicos importaba por ser una fuente de producción de consecuencias legales.

Variada ha sido la interpretación que los romanistas atribuyen a las frases que componen los conceptos antes expuestos, nosotros optamos por aceptar lo que al respecto expone ROBLEDA¹¹. Este autor ha explicado¹² que a partir de la conceptualización elaborada por Modestino se puede decir que el matrimonio era para los romanos una institución destinada a la procreación, éste era su fin específico, además constituía una relación no sometida a condición ni a término, aunque no propiamente de carácter indisoluble¹³.

Para el pensamiento de D'ORS¹⁴, el matrimonio de los romanos se producía, *"cuando un hombre y una mujer que han alcanzado la pubertad, y reúnen las demás condiciones legales, conviven con apariencia conyugal honorable"*. Inferimos de estos datos que para los romanos el matrimonio comportaba una importancia funcional, puesto que su relevancia consistía solamente en constituir la base para la reproducción de la familia, quizá esta circunstancia explicaría la razón del escaso tratamiento que en los textos se da a la institución matrimonial, especialmente en su aspecto primero que es el acto de su constitución.

2.1.2 Los caracteres del matrimonio en Roma

Como un elemento más dentro de la cultura romana, el matrimonio, institución social y ética por la cual se generaba la familia y algunas situaciones de parentesco, experimentó alteraciones en el decurso de la historia de este excepcional pueblo, alteraciones que en general no lograron cambiar su peculiar caracterización, a pesar de los siglos y de las nuevas filosofías imperantes en cada estadio histórico. En función de estos retoques a que fue sometida la institución matrimonial podemos proponer el repaso a su historia en el pueblo romano a partir de dos etapas, una que abarque el período preclásico y clásico, el otro apartado estará dedicado a la época postclásica¹⁵.

11 ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 65-70.

12 V. tamb. algunas explicaciones sobre el significado de las aludidas conceptualizaciones de Modestino y Ulpiano, en: GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 25 ss.

13 VOLTERRA, Instituciones, 1986, 640; SANCHO, Trat. IV.1º, 1963, 35, n.2, dice: "omnis no significa para toda la duración de la vida, porque el concepto de indisolubilidad no estuvo plenamente admitido por los romanos, sino que incluye la totalidad de aspectos de la vida a que se extiende la comunidad de los cónyuges...". Con una orientación similar: NUÑEZ PAZ; María Isabel; Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma; ediciones Universidad de Salamanca; Salamanca; 1988, pág. 27.

14 D'ORS, Alvaro; Derecho Privado romano; 8ª edición revisada; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1991; pág. 285.

15 SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 204-212, prefiere estudiar la historia matrimonial romana a partir de su división en tres épocas. La primera, una etapa en la que

2.1.3 El matrimonio en la época preclásica y clásica

2.1.3.1 Derecho antiguo

Durante la vigencia del antiguo derecho, la figura matrimonial no se encuentra regulada por el derecho quiritarario pues constituía un instituto sobre el cual ejercía su jurisdicción la sociedad, la ética y la religión¹⁶. Esto constituye la razón de que se considere como una institución social que podía constituirse entre sujetos que contaran con las especificidades socialmente requeridas para la estimación de su existencia; entre esos requerimientos se pueden señalar, el estar en posesión del *connubium*¹⁷ o derecho a contraer matrimonio y la no pertenencia a clases sociales distintas^{18 19}; algún autor²⁰ añade lo relativo a la capacidad física o natural. En tal período histórico, en ocasiones, era difícil afirmar con rotundidad que en tal fecha habían contraído matrimonio determinadas personas, porque la publicidad de la constitución del vínculo no era exigida por ningún tipo de norma como requisito para el nacimiento y subsistencia del mismo.

Pese a la relevancia que el consentimiento tenía en el matrimonio romano, no por ello debía ser manifestado públicamente ni por medio de ceremonias o ri-

el Derecho romano conoce una ceremonia del matrimonio como un rito sagrado, en clara confusión con lo que más adelante se verá, constituían maneras rituales de la asimilación de la mujer en el seno de la familia agnaticia del hombre; un segundo período lo ubica hacia los siglos VII-V a. C, en el que se produjo una secularización de las costumbres romanas y las instituciones sociales se separan de su base religiosa original; el último lo ubica en los primeros siglos del imperio, en cuyo tiempo no existiría ya ninguna "forma jurídica prevista", siendo tan solo necesaria la existencia del consentimiento.

16 Cfr. NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 19. En este último aspecto (religioso), señala ASTOLFI, Riccardo; *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*; Cedam; Padova; 2000; pág. 1; que "durante la monarquía el matrimonio de la *civitas* arcaica constituye un instituto de *ius sacrum*...el *ius sacrum* disciplina los presupuestos, los efectos y su disolución".

17 Es el derecho a contraer un matrimonio de carácter legítimo y sólo están en posesión suya los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados: D'ORS, Derecho, 1991, 286.

18 TORRENT, Manual, 1987, 532: En este período se consideraba *Iustum matrimonium* únicamente el tenido entre sujetos que pertenecían a una misma clase social. Esta situación cambió hasta la entrada en vigencia del plebiscito Canuleyo de 445 a.C.

19 WESTERMARCK, Historia, 1932, 148 s., añade a estos requerimientos el consentimiento del paterfamilias, como indispensable para que hijos o hijas pudiesen entrar en matrimonio.

20 NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 29.

tuales preestablecidos; sino que, teniendo por objeto establecer un matrimonio en consonancia con las exigencias del derecho *-iustum matrimonium-*, podía ser emitido y manifestado válidamente a través de cualquier manera²¹.

No obstante lo dicho, existía la posibilidad de que el inicio de la relación matrimonial se viese marcado por algún acto de carácter social que permitiese deducir que entre los cónyuges existía la voluntad de conformar un matrimonio; son manifestaciones de esto el *honor matrimonii*²² y la *deductio in domum mariti* de la mujer, es decir la entrada de la mujer en la casa de su marido. En resumen, la sociedad consideraba que entre un hombre y una mujer existía un vínculo de naturaleza matrimonial cuando estos tuviesen comportamientos adecuados a tal condición²³.

2.1.3.1.1 Matrimonio Cum Manu y Sine Manu

De conformidad con la antigua doctrina romanista, se ha dicho que durante este período existieron dos tipos de formalidades que acompañaban la constitución del vínculo conyugal, uno tenido por de mayor antigüedad, *cum manu* y otro de más reciente aparición, *sine manu*²⁴.

La *manus* constituye una circunstancia jurídica a través de la cual la mujer se ve sujeta al poder del jefe de una familia, situación que lleva aparejado el cambio en sus vinculaciones parentales civiles; es decir que en virtud de dicha institución la mujer se separaba de manera absoluta de su familia agnaticia original²⁵.

Por ello, el matrimonio *cum manu* atribuía a la mujer un parentesco agnaticio distinto al que poseía²⁶ por razón de nacimiento y era obligada, en consecuen-

21 Cfr. GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 41.

22 "El honor matrimonii, es un concepto que implica una conducta, una actitud, que en el plano social traduce inmediatamente la existencia del matrimonio": ARIAS BONET, Juan Antonio; "El matrimonio en el derecho romano", AAMN T. XIII 1962, pág. 15; "consiste en la consideración social del mismo -matrimonio-": D'ORS, Derecho, 1991, 286.

23 TORRENT, Manual, 1987, 527 ss.

24 V. DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 394; ROBLED A, El matrimonio, 1970, 1; entre otros.

25 ASTOLFI, Il matrimonio nel diritto romano, 2000, 8; ROBLED A, El matrimonio, 1970, 2.

26 Siendo similar a la patria potestad, la mujer *in manu* se constituía como hija de su marido y hermana agnada de sus hijos, si su marido era *alieni iuris* quedaba bajo la potestad de su suegro en calidad de nieta. La ubicación de la mujer bajo la potestad de su marido, que es lo que constituye la *conventio in manum*, es un hecho que genera efectos de carácter análogo a los de la adopción.: D'ORS, Derecho, 1991, 283 s.

cia, a someterse a la potestad del marido si este era *sui iuris* o a la del *pater* de éste si no lo era²⁷.

El matrimonio *cum manu*, según la doctrina expuesta, tenía tres formas de manifestarse: *confarreatio*, *coemptio* y *usus*. Elegimos a ROBLEDA²⁸, para que con la claridad que caracteriza su doctrina, nos brinde la explicación acerca de cada uno de estos "tipos de matrimonio".

La *confarreatio* era una especie de rito con carácter sagrado²⁹ en el cual intervenía el *flamens dialis* -especie de sacerdote de *Iuppiter*- y el *Pontifex maximus*, además de los cónyuges. Consistía tal ceremonia en ofrecer a *Iuppiter*, con palabras solemnes en presencia de diez testigos, una hogaza de pan fárreo³⁰, con lo cual se solemnizaba el inicio de la convivencia matrimonial.

En cuanto a la *coemptio*, dice el mismo autor, no era otra cosa que el negocio de carácter formal y general de la *mancipatio*³¹, es decir, una venta imaginaria, en la que "con una cláusula adecuada provoca el traspaso de la potestad que el *paterfamilias* tiene sobre la mujer a la *manus* del marido"³². Sin embargo,

27 ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano*, 2000, 8; KASER, *Derecho*, 1968, 258, por su parte, abunda más en la idea expuesta y dice que una característica muy marcada en la familia romana es ser una rígida asociación de personas, que en los albores del esplendor cultural y político de Roma, exigía que la mujer, cuando por alguna razón se vinculara a la persona de uno de sus miembros, se integrase en ella de una manera más o menos plena. La función que le correspondía como madre de sus hijos y rectora de la casa, exigía de ella su sumisión al poder del *paterfamilias* y su participación en el culto doméstico. Ese poder marital a que se halla sometida la mujer es llamado desde antiguo con una denominación especial, *manus*.

28 ROBLEDA, *El matrimonio*, 1970, 6,10,18; tamb. en: ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano*, 2000, 179-293; TORRENT, *Manual*, 1987, 528; DAZA/RODRÍGUEZ, *Instituciones*, 1997, 395.

29 "reservado exclusivamente a los patricios": FOSAR, *RCRITDI*, LII, 1976, 1099.

30 Que se cocía durante la ceremonia: MIQUEL, *Derecho*, 1992, 359.

31 "La *mancipatio* es el acto a través del cual se manifiesta la voluntad de dar viada a la relación de *mancipium*. Se se tiene como *matrimonii causa*, es porque conlleva también la voluntad de dar vida, al mismo tiempo, a una relación matrimonial. La relación matrimonial encontraría así su razón de ser en la voluntad de los sujetos de iniciarlo y constituirlo. También la *coemptio*, a la par de la *mancipatio matrimonii causa*, es un *gestum pera aes et libram*, y así es también una *mancipatio*: ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano*, 2000, 166.

32 Se muestra contrario a esta afirmación, VOLTERRA, *Instituciones*, 1986, 636. expresando que debe ser rechazada la opinión según la cual la *coemptio* fuese para los romanos una especie de compra de la mujer, porque podía tener lugar incluso sin necesidad de matrimonio. La única manifestación patrimonial que puede ligarse al matrimonio está constituido por la dote, por cuyo medio se proveía por la familia de la esposa o de terceros a los gastos de la nueva sociedad matrimonial, institución que de ninguna manera puede asociarse a la idea de compra de la mujer.

ASTOLFI³³ señala que dentro del análisis del matrimonio de las personas *in mancipio* debe destacarse que las consecuencias de éste, son diversas según se vea antes o después de la ley de las XII tablas. Así, después de la mencionada ley, el hombre y la mujer *in mancipio* pueden contraer válido matrimonio y si ya lo han contraído, el acto que los pone *in mancipio*, es decir la *mancipatio*, no los desvincula, de tal manera que si un padre vende a su hijo ubicándolo *in mancipio*, bien con la finalidad de emanciparlo o de darlo en adopción, en ambos casos debe antes liberar a dicho hijo de su potestad. En el caso de la mujer, por la *mancipio*, se opera la *capitis deminutio minima*, y se rompe la relación agnaticia con la familia que la ha puesto a la venta. Antes de las doce tablas, en el caso de la hija, el *pater* que ha vendido a la hija no pierde la *patria potestas* sobre ella, lo cual también sucedía en el caso del hijo³⁴.

En último término, el *usus* tenía su realización a través de la convivencia entre un hombre y una mujer con intención matrimonial durante un año ininterrumpido³⁵, pues antes de llegar el año, se consideraba tal relación como *unio facti*.

Por lo que respecta a la mencionada segunda forma de iniciar el matrimonio, *sine manu*, basta decir que sus consecuencias son totalmente opuestas al matrimonio *cum manu*, puesto que el marido no adquiere la potestad que otorga la *manus* sobre la mujer y en tal razón, ésta continúa participando de su parentesco original.

2.1.3.1.2 Controversia matrimonio Cum Manu, Sine Manu como contraposición a conventio

Contra esta consideración de dos especies de matrimonio –*cum manu* / *sine manu*– se yergue la opinión de VOLTERRA³⁶, pues del estudio de las fuentes deduce

33 Il matrimonio nel diritto romano, 2000, 155 ss.

34 Idem, 165 “Sostengo que antes de las XII tablas el ascendiente que vendía una sola vez al descendiente, perdía su potestad sobre él”.

35 Dice TORRENT, Manual, 1987, 529, que al constituir el *usus* una manera de que el marido adquiriese la *manus* sobre la mujer, con el tiempo, se popularizó entre las mujeres el practicar la *usurpatio trinoctii* -ausencia de la mujer durante tres noches consecutivas del domicilio conyugal, que interrumpía la consecutividad de la convivencia-, con el objeto de no caer bajo la *conventio in manum*. Al practicar tal actividad anualmente, evitaba tener que verse privada de la pertenencia a su antigua familia y además, conservaba la parte que le correspondía en la sucesión de su padre.

36 Instituciones, 1986, 637 ss. Se plegan a este razonamiento: TORRENT, Manual, 1987, 528; DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 394; ROBLED A, El matrimonio, 1970, 27ss; MIQUEL, Derecho, 1992, 358; D’ORS, Derecho, 1991, 284. En contra V.: SOHM, Rodolfo; Instituciones de derecho privado romano, historia y sistema, traducción de Wenceslao Roces; editora Nacional; México D. F.; 1975; pág. 283 ss; NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 24 s, 44; NAVARRO VALLS, Matrimonio, 1994, 16.

que no hubo para los romanos, en esta etapa histórica, varias especies de matrimonio, sino uno solo, basado en la concorde y continuada voluntad de los dos sujetos de la relación, voluntad que como ya se dijo, no requería forma alguna de exteriorización, pudiendo manifestarse por cualquier medio.

Los aludidos tipos de matrimonio *cum manu*: *confarreatio*, *coemptio* y *usus* -expresa el citado autor³⁷-, no son otra cosa que meras formas de *conventio in manum*. En razón de ello, semejante distinción entre un matrimonio *cum manu* y otro *sine manu*, constituye más bien una confusión entre matrimonio y *conventio in manum*, existiendo como elemento distintivo entre ambas, la diversa función que desempeñaron, pues el matrimonio crea el vínculo matrimonial y en cambio, la *conventio in manum* procura la entrada de la mujer, sea por matrimonio o por cualquier otra razón³⁸, en una familia agnaticia, ubicándola así, bajo la *patria potestas* de quien ostente la jefatura de la misma.

Debe decirse, entonces, que al matrimonio durante el período preclásico podía acompañarse de actos que tendían a introducir a la mujer como un miembro de la familia civil de su esposo, mas no que por esos actos se constituyera el matrimonio mismo, puesto que dicho instituto se caracterizaba por carecer de una forma establecida para la manifestación del inicio de la relación conyugal, que sólo se podía deducir de la vida y de los comportamientos mismos de los cónyuges.

2.1.3.2 Derecho clásico

Ya en las postrimerías de la República tiene lugar un lento y progresivo cambio en las costumbres y tradiciones romanas, por influencia de la asimilación de otras, provenientes de sus nuevas posesiones. Dentro de esas transformaciones está el desuso en el que caen algunas instituciones de antigua data, tal es el caso de la incorporación de la mujer en la familia de su cónyuge, es decir, del matrimonio celebrado *cum manu*³⁹, y como lógica consecuencia, el matrimonio *sine manu* viene a ser el más usual⁴⁰, teniendo presente que no había dos tipos de matrimonio puede decirse entonces, que en este período no se practicaba la incorporación de la mujer a la familia agnaticia de su marido, sino que el matrimonio se había apartado, por costumbre social, del antiguo ritualismo.

37 Ibidem

38 Por eso dice D'ORS, Derecho, 1991, 284, que: "la *manus* no se identifica con el matrimonio y por eso puede adquirirse sobre niñas sin edad matrimonial, pero destinadas a aquel matrimonio y retenerse sobre la divorciada; la potestad del suegro se mantiene sobre las nueras viudas, o divorciadas sin extinción de la *manus*. Cabe también una *manus* sin intención matrimonial (*coemptio fiduciaria*)..."

39 Cfr. DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 395.

40 REINA/MARTINELL, Las uniones, 1996, 31.

De los textos de los jurisconsultos clásicos, puede inferirse, dice VOLTERRA⁴¹, la importancia que otorgaron a la concepción social del matrimonio, haciendo de ello una relación jurídica. En consecuencia, consideran al matrimonio existente cuando dos personas libres que disponen del *connubium* y la edad adecuada, establecen entre ellos una relación marital con el propósito de continuar unidos bajo dicho vínculo de una manera estable. Se establece pues entre los cónyuges una relación que no necesita para su constitución ningún agregado ceremonial de tipo estatal ni religioso, es la *affectio maritalis* vivida bajo un mismo techo con ánimo de haber hijos y de mostrarse como un matrimonio ante la sociedad, lo que representa el elemento fundamental para que socialmente se considere la existencia del matrimonio entre la pareja⁴².

En tan alta estima se tenía a la *affectio maritalis* en este período que respecto a ella Ulpiano⁴³ acuñó una frase llamada a hacer fortuna en la historia matrimonial de occidente: "*non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*". Con lo que se reafirma todo lo dicho sobre la función que la voluntad desempeñaba en el matrimonio romano.

Tal y como se dijo antes, la voluntad de unirse una pareja con el ánimo de constituir un matrimonio nunca contó en Roma con una forma especial de manifestación; sin embargo, en esta época, aparte de los actos sociales ya señalados, a partir de los cuales podía inferirse la existencia del matrimonio, aparece otro: la *testatio*, que era una especie de juramento del marido, realizado en presencia del magistrado en el que se afirmaba la convivencia con una mujer *liberorum quaerendorum causa*. VOLTERRA⁴⁴, respecto de esta afirmación pone la nota crítica y aclara que ni la *testatio* ni la *deductio in domum mariti*, ni el *honor matrimonii* resultan ser verdaderas formas de expresión de la voluntad por parte de los cónyuges, así como tampoco son elementos jurídicos necesarios para la existencia de dicho instituto, sino que tan solo llegan a ser meros hechos que pretenden demostrar la voluntad conforme y continuada de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio; son tan solo actividades que no pretenden ser un acto de iniciación del vínculo.

41 Instituciones, 1986, 639.

42 TORRENT, Manual, 1987, 531; ARIAS BONET, AAMN XIII, 1962, 13.

43 Dig. L, XXIV, tít. I, 32,13 en: Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T II, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1892 (edic. facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág.173 s.

44 Instituciones, 1986, 641.

Finalmente, la doctrina romanista ha concluido que en la Roma clásica, el matrimonio no constituyó un entramado de relaciones de índole jurídica sino más bien una actitud, prolongada en el tiempo, de querer erigirse las partes como marido y mujer -*affectio*-, y en cuanto esa actitud voluntaria cesara dejaba automáticamente de existir el vínculo matrimonial. Era pues el matrimonio un mero hecho social, una cuestión de hecho que generaba algunos efectos jurídicos⁴⁵.

Junto a la *affectio maritalis*, como elemento primordial para la subsistencia del matrimonio romano⁴⁶, se pueden ubicar algunas características de secundaria importancia, pero que al fin contribuyen a perfilar el matrimonio en este período histórico, tales son, la capacidad de unirse sexualmente; que el otro sujeto de la relación no perteneciese a la misma familia; que la relación fuese exclusivamente con una única persona, es decir que fuese una unión monogámica⁴⁷, por último, debía contarse con el *connubium*. Un matrimonio *iustum*, es decir, revestido de las mencionadas características era fuente de algunos efectos jurídicos, de manera directa, la legitimidad y la atribución de ciudadanía romana de los hijos con independencia del status o condición de la madre, siempre que estuviera en posesión del *connubium*. En lo que a las personas mismas de los cónyuges respecta, el matrimonio generaba de manera recíproca derechos sucesorios, derechos sobre la dote y sanciones por adulterio⁴⁸.

45 TORRENT, Manual, 1987, 530 s.

46 ROBLED A, El matrimonio, 1970, 82 ss., atribuye a VOLTERRA ser uno de los autores que iniciaron una opinión contraria a la que se había sostenido sobre este punto, según la cual además de la *affectio* era necesaria la convivencia entre los cónyuges; pese a tal aserción el mismo VOLTERRA en Instituciones, 1986, 640, opina que es de la persistencia del *connubium* y de la voluntad recíproca de los cónyuges de lo que depende el matrimonio a los efectos de su existencia jurídica. También contradice esta posición de un único elemento esencial, DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 395, al indicar que entre posesión y matrimonio existe alguna similitud, puesto que en ambos se distinguen como elementos uno material y otro de tipo espiritual, en el matrimonio la *affectio* y la convivencia, en la posesión, el *corpus* y el *animus* - cuestión sostenida incluso en muy recientes obras atinentes al matrimonio, como por ejemplo: SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 39 s., amparándose en el hecho de que a ninguna de las dos figuras es posible aplicar el *postliminium* (facultad de recobrar los derechos de que gozaba un sujeto luego de que lograrse volver después de ser capturado y retenido en guerra). En general, sobre esta discusión, véase el apartado correspondiente de ROBLED A, en la obra citada, páginas, 72-90; tamb. KASER, Derecho, 1968, 256 s; NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 55-77.

47 Repulsaba a la sociedad romana la poligamia, por lo cual resulta explicable la aversión mostrada también por los jurisconsultos en sus escritos, por ello también un segundo matrimonio implicaba de hecho la disolución del primero: Cfr. GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 34.

48 TORRENT, Manual, 1987, 533.

2.1.3.3 El matrimonio en la época Postclásica

Ya en este período histórico, y más propiamente a partir del siglo IV, la influencia de las enseñanzas cristianas se refleja de alguna manera en las estipulaciones legales emanadas del poder imperial. Formalmente el matrimonio continúa teniendo como elemento constitutivo esencial a la *affectio*, no obstante, el carácter con el que se describe ese *consensus* en esta época, es distinto al de la época anteriormente descrita, pues ya desde el siglo V no significa una voluntad continuada, sino una voluntad inicial; una vez que ha comenzado la relación matrimonial no será la voluntad de ya no seguir siendo marido y mujer, tal y como había venido sucediendo en siglos anteriores, lo que pondrá fin al matrimonio, este vínculo se tendrá como roto tan sólo a través del divorcio. La conclusión antes relacionada, no propiamente se encuentra plasmada en los textos de las fuentes, no obstante, se puede deducir del espíritu de disposiciones dictadas en tal sentido⁴⁹.

Este esfuerzo por hacer aparecer el vínculo conyugal como surgido de un consentimiento inicial, además de reflejar un tipo de *conventio*, a la que el Derecho mismo atribuye una serie de consecuencias, configura a esa *conventio* como una especie de origen o fuente de dicho vínculo conyugal.

Pese a que incluso en tiempos de Justiniano no se había establecido ningún acto formal en el que tuviese lugar la externación de la voluntad de entrar en estado de casados, se irá acentuando cada vez con más fuerza en el Derecho Bizantino de época tardía un cierto encauzamiento hacia la regulación de formas de emisión del consentimiento inicial, lo cual, andando en el tiempo, conducirá a configurar a la institución matrimonial como un negocio de carácter formal y a identificarlo con el contrato⁵⁰.

En cuanto a los que podrían llamarse requisitos del matrimonio postclásico pueden citarse, la capacidad natural -de reproducción- y el consentimiento inicial

49 DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 398, enuncia entre tales acontecimientos normativos, el establecimiento del delito de bigamia, que en el estadio anterior no se conoció y agrega VOLTERRA, Instituciones, 1986, 648, la transformación de las consideraciones sobre la *accusatio publica* contra los adúlteros, en el sentido de que sólo los maridos o sus familiares eran hábiles para ejercitarla, el encierro en un convento de las mujeres adúlteras o de cualquiera de los dos cuando el divorcio no se hubiese basado en una *iustae causae* – de conformidad con la novela 134, del año 556- siendo, en consecuencia, imposible casarse de nuevo, entre otras. V. también en este sentido a: TORRENT, Manual, 1987, 535 ss.

50 ARIAS BONET, AAMN XIII, 1962, 22, hace referencia a la formalidad de la escritura en la constitución matrimonial a través de las *tabulae matrimonii*, manifestación que llegó a contar con una “extraordinaria profusión” en tiempos del bajo imperio.

de los cónyuges o el consentimiento del *paterfamilias* si los nupturientes son *alieni iuris*⁵¹.

2.1.4 Síntesis

De lo visto en esta sucinta revista al devenir histórico del estudiado instituto matrimonial en Roma, podemos afirmar que existen elementos de constante presencia en los períodos presentados, entre los cuales podríamos destacar:

- De manera diferente a lo que consideraban otros antiguos pueblos, que veían en la mujer un objeto de intercambio y venta, a través del matrimonio, para los romanos, el elemento que constituía el matrimonio era la voluntad cierta y permanente de ambos cónyuges de vivir en las condiciones propias de esposos: *affectio maritalis*⁵².
- El matrimonio era presupuesto de la atribución de la patria potestad sobre los hijos⁵³ y de la ciudadanía romana de los mismos.
- La constitución del vínculo matrimonial no se vio sometida a formalidad alguna⁵⁴.
- La unión conyugal siempre tuvo como presupuesto ser una unión de carácter monogámico⁵⁵.
- Siendo un hecho social, el matrimonio se podía disolver a voluntad de los cónyuges⁵⁶.
- El matrimonio por su propia singularidad, por lo general, no fue objeto de fiscalización por parte del Estado⁵⁷.

Podemos finalmente decir con GARCÍA GÁRATE⁵⁸, que en lo que a Roma respecta, no se puede afirmar que existiera un derecho matrimonial propiamente

51 VOLTERRA, Instituciones, 1986, 647ss.

52 V. VOLTERRA, Instituciones, 1986, 636; DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 393s; ARIAS BONET, AAMN XIII, 1962, 8.

53 TORRENT, Manual, 1987; 526.

54 GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 37 s.

55 KASER, Derecho, 1968, 257; ARIAS BONET, AAMN XIII, 1962, 8.

56 D'ORS, Derecho, 1991, 288; KASER, Derecho, 1968, 257.

57 GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 37 s.

58 Idem, 36. Las fuentes patrísticas y conciliares así lo confirman: REINA, RDPRIV LIII, 1969, 845.

dicho, así como tampoco que dicha institución fuese un vínculo jurídico, y mucho menos que llegase a ser tenido como un contrato, sino que, por el contrario, a la situación fáctica de carácter continuado que entrañaba la unión entre hombre y mujer con ánimo de ser marido y mujer, el Derecho se limitó siempre, tan solo, a deducir de él los connaturales efectos jurídicos.

2.1.5 El bajo imperio romano como punto de partida hacia la acumulación en manos de la iglesia de la competencia exclusiva en materia matrimonial

La Iglesia, nacida en tiempos del imperio romano, desde sus primeras andaduras se mostró tolerante con las costumbres que en materia de matrimonio caracterizaban cada uno de los pueblos o regiones en las que tuvo aceptación su doctrina⁵⁹. Esa inercia en la creación y establecimiento de formalidades o de preceptos reguladores en el campo matrimonial significó una peculiar característica identificativa que acompañará al poder eclesiástico al menos durante los primeros tres siglos⁶⁰.

En este período, las personas que se adherían a la nueva fe en su mayoría habían ya establecido relaciones conyugales, circunstancia ésta que no propicia ni suscita contraposición alguna, en sus diversos aspectos, con la moral cristiana⁶¹. En lo tocante a la unión matrimonial de los nuevos bautizados, tampoco se produce inquietud sobre las características que reviste la misma, teniéndose como algo normal la observancia de las prácticas y costumbres sociales propias de la comunidad⁶². Ejemplo de lo dicho lo constituye el canon 54 del sínodo de Elvira, del año 306, disposición que da por hecho que el matrimonio de los cristianos bautizados reviste las mismas características que el de los paganos. En ese tiempo para los primeros cristianos el matrimonio constituía una "*realidad terrestre*

59 SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 40.

60 Opina GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 64; que el Derecho canónico, Derecho que posteriormente será el que señale la regulación matrimonial, apareció con los escritos llamados pseudoapostólicos (siglo II) en cuyos textos se describía ritos y prescripciones de orden moral que sugieren algunos principios de carácter matrimonial.

61 Cfr. CHELODI, El derecho matrimonial, 1959, 241.

62 REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 100 s., opina que las primeras intervenciones de la Iglesia en cuestiones matrimoniales, de las cuales se tiene noticias, están constituidas por circunstancias que tienden a resaltar el carácter monogámico de la unión conyugal o a exhortar la no realización de matrimonios entre cristianos y no cristianos, citando como la primera de estas intervenciones respecto de uniones mixtas la decisión del obispo de Roma, Calixto (217-222 d.C.).

que había que vivir en el Señor"⁶³.

De la actividad eclesiástica en orden al matrimonio durante el transcurso de estas tres primeras centurias de vida de la Iglesia REINA/MARTINEL⁶⁴, deducen que se puede interpretar únicamente como un intento de evitar que el derecho romano pudiese inducir a los fieles a realizar comportamientos contrapuestos a la moral cristiana, por lo cual se puede calificar como una actividad de carácter interno y excepcional, siendo el derecho del imperio el vigente y generalmente observado. No pretendía con ello la Iglesia edificar un Derecho matrimonial, tan solo se limitaba a dictar, para cuando fuese necesario, algunas normas a las que debían prestar atención los cristianos al poner en práctica la legislación romana.

2.2 El matrimonio en el medievo

La ya mencionada conformación de la Iglesia a las tradiciones que en materia nupcial poseía cada pueblo en el que se asentaba, resulta ser el motivo principal de que, durante siglos, no se preocupe de dictar normas o en fin, de regular jurídicamente aquello que tiene relación con el matrimonio de sus fieles. No obstante, con el decurso del tiempo, la propia evolución de las estructuras y situaciones sociales, y la elaboración intelectual de la doctrina cristiana irán perfilando una definitiva concreción de lo que es y en lo que consiste el matrimonio de los cristianos, proceso que tendrá su culminación a través de la filosofía escolástica y el derecho canónico clásico.

Este prolongado período que constituye la edad medioeval se traduce, para la institución matrimonial como la más fecunda y proficua de toda su historia, pues en él acontecieron los hechos que contribuyeron a concretar la sistematización de una doctrina y una legislación propias de tal materia, hecho que se debe principalmente a la acumulación de la potestad absoluta, sobre todo lo atinente a dicha figura en manos de la Iglesia, en cuyo campo ya habían sido puestas las semillas por la tradición y la doctrina de los Padres y que, al cuidado de la canonística, la filosofía y la teología crecerá y dará su fruto. El fruto es de todos conocido, pues en lo fundamental, el matrimonio moderno es vivo reflejo suyo.

63 SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 204,215s., Por su parte, GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 64, menciona que es a partir del siglo IV, cuando la celebración de Concilios se dio con más profusión en oriente que en occidente, que aparecen ya prescripciones relativas al matrimonio.

64 Curso, 1995, 102.

En el repaso a la historia matrimonial del medioevo destaca el florecimiento de la reflexión sobre el matrimonio desde una doble perspectiva, una, teológica y filosófica, por la que la Iglesia reivindica para sí, a través de un lento proceso, la total preponderancia de su autoridad sobre el vínculo matrimonial de los cristianos. Otra, la jurídica, en su versión canónica, que a partir de la concepción romanista y teológica y habiéndose desarrollado paralelamente a ésta última, representa la cristalización efectiva de la potestad eclesiástica sobre la estudiada institución.

Por ello, con este apartado, pretendemos aproximarnos de manera coherente a la configuración de la tesis más clásica sobre la naturaleza jurídica del matrimonio -a los efectos de un estudio de perspectiva civilista-, exponiendo primero la historia del instituto matrimonial como un elemento de reflexión y elaboración por parte de la Iglesia, para después explicar, a la luz de la historia, la defensa de la potestad eclesiástica sobre la figura en cuestión, a través de una doctrina que siglos después significará la base del planteamiento por el que se despojará a la Iglesia de tal competencia, para que, al pasar a manos del Estado, sea éste quien regule lo atinente a dicha institución, a través de los aspectos fundamentales desarrollados por la legislación canónica desvestida de su ropaje religioso.

2.2.1 Del siglo V al XI

Este período histórico significa el camino temporal por el que la Iglesia anduvo para obtener la exclusiva y legítima capacidad de regular todo aquello que tuviese relación con el matrimonio en general. La evolución de este proceso de adquisición inicia su andadura en el bajo imperio romano de occidente y culminará cuando, a causa de la debilidad del poder imperial, la facultad legislativa y de juzgamiento sean reconocidas como legítimas actividades de la Iglesia.

2.2.1.1 Aspectos de la adquisición de la potestad exclusiva

Como consecuencia de la devastación causada por la invasión bárbara, que implicó la destrucción del imperio romano de occidente, el caos político y social fue algo común en muchos de los territorios conquistados por los bárbaros; todo vestigio de poder político y militar había prácticamente desaparecido; entonces, sólo la Iglesia se mantuvo como baluarte de la antigua cultura y, en este sentido, su autoridad se dejó sentir frente a los nuevos gobernantes⁶⁵. El prestigio de sus obispos se reforzó cuando el poder secular se vio en la necesidad de recurrir a su ayuda para reorganizar los territorios recién conquistados⁶⁶.

65 REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 102 s.

66 Cfr. ADNÉS, El Matrimonio, 1973. 223.

Este nuevo esquema de colaboración Iglesia-Estado permitirá que el campo reservado en tiempos de los emperadores romanos a la intervención eclesiástica en asuntos matrimoniales, se vea incrementado. Si durante el reinado de los príncipes romanos la Iglesia había dirigido su atención tan sólo a procurar y a hacer observar una moral y ética matrimonial que estuviese en consonancia con su doctrina, y su incidencia tanto en la elaboración de normas como en el juzgamiento de las causas surgidas en ocasión del matrimonio⁶⁷ era prácticamente nula⁶⁸; a partir del siglo VII, a causa de su mayor influencia sobre el poder regio⁶⁹, obtiene de forma paulatina el reconocimiento secular de la legitimidad que reviste algún tipo de participación suya en lo relativo a la legislación del instituto matrimonial, así pues, cuando el poder civil proclama normas jurídicas cuyos postulados resultan contradictorios de la ley divina, la Iglesia reacciona reclamando la prevalencia de ésta sobre las humanas⁷⁰.

No obstante que el Estado posee todavía en este tiempo (s. VII), el poder legislativo y de jurisdicción sobre el estudiado instituto, el acrecentamiento de la incidencia de los obispos, en cuanto a arbitraje matrimonial, es una realidad, pues dirimen las controversias que los cónyuges someten a su conocimiento; mas esto representa para el Estado una valiosa colaboración en tiempos en que se ve incapaz de asegurar el orden y la justicia, por ello no distingue -el poder secular- que en tal actividad haya alguna ilegítima ingerencia⁷¹. Estos acontecimientos se pueden traducir como un verdadero inicio de la adquisición por parte de la Iglesia, de una futura autoridad de carácter exclusivo sobre todo asunto relativo al matrimonio de los cristianos.

El siglo VIII se presenta como un tiempo de estrecha vinculación colaboracionista entre la Iglesia y el naciente imperio carolingio -nacido sobre la cabeza de Pipino II-. Esta circunstancia se traduce, en la historia del matrimonio como un paso más del poder eclesiástico hacia el predominio de sus decisiones y su legislación en sede matrimonial. Siendo Pipino el Breve, hijo de Carlos Martel, y su

67 ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 223.

68 No obstante, afirma GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 64 s., que fue a partir de Constantino que las decisiones tomadas por los obispos se consideraron como emitida por un tribunal secular, actividad esta que inició como una mera cuestión arbitral particular que el obispo ejercía por causa del conocimiento y sometimiento que de los asuntos hacían algunos fieles ante él.

69 Idem, 131 destaca como un ejemplo de ello, la vinculación tan estrecha que los carolingios tuvieron con la iglesia, a partir de la caída de los merovingios.

70 ACUÑA, IC XIII, 1973, 151.

71 Cfr. ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973. 223; ACUÑA, IC XIII, 1973, 152.

hijo Carlomagno, los personajes de este período mayormente vinculados a la Iglesia, su reinado se ve marcado por la incidencia de las opiniones y criterios eclesiásticos en los asuntos propios del Estado. Este apogeo vinculativo indudablemente resulta propicio para el acrecentamiento del prestigio y la buena imagen de los dirigentes de la Iglesia, incluso en los temas relativos al matrimonio. De los hechos más destacados en este campo de colaboración Iglesia-imperio, puede mencionarse el notable impulso dado a la disciplina eclesiástica, y la aceptación de la concurrencia de la jurisdicción eclesiástica a la par de la civil, en la imposición de las sanciones con causa en la vulneración de las normas eclesiásticas⁷².

Las antes mencionadas actividades, dan lugar en el siglo IX, al ejercicio de algún tipo de jurisdicción por parte de la Iglesia, que poco a poco va dejando de lado las disposiciones seculares en el ámbito sancionatorio de las uniones ilegales⁷³.

En este estado de cosas, ya en la segunda mitad del siglo noveno, en Francia, Italia y Alemania, la Iglesia, aunque con algunas limitaciones, había obtenido la jurisdicción exclusiva sobre los casos matrimoniales, y el poder secular había reconocido su obligación de hacer cumplir las sentencias pronunciadas por el tribunal del obispo⁷⁴.

Esta circunstancia trajo como consecuencia para el estudiado instituto, la adecuación de las leyes seculares a la doctrina eclesiástica y la elaboración por parte de la Iglesia de gran cantidad de cánones con alusión al matrimonio a través de un buen número de concilios y así mismo, de la reflexión de algunos importantes precursores de una doctrina matrimonial de raíz cristiana. También destacan como acontecimientos trascendentales en el itinerario de la Iglesia hacia la competencia exclusiva sobre el matrimonio: la redacción y publicación de compilaciones de colecciones canónicas, como *Dionisio Adriana*, entregada por el Papa Adriano a Carlomagno hacia 774; los falsos Isidorianos, datados en la primera mitad del siglo IX⁷⁵, etc.

Anotamos algunas cuestiones contenidas en el Pseudo Isidoro por la repercusión que ha tenido en la conformación de la doctrina matrimonial pues en él se

72 SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 234s; Cfr. con lo que dice GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, supra n. 76.

73 Hasta el siglo IX la competencia jurisdiccional en materia matrimonial todavía pertenece a la autoridad secular: AZNAR GIL, Federico, La institución matrimonial en la hispania cristiana bajo medieval (1215-1563); Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca; Salamanca; 1989; pág. 13.

74 LANZA-Pietro PALAZZINI, Antonio; Principios de teología moral; edic. RIALPS.A; Madrid; 1958; T. III; 477-481.

75 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 132 s.

presenta la tendencia a hacer del matrimonio una cuestión de índole absolutamente eclesiástica.

El Pseudo Isidoro es una colección de Decretales que siendo de carácter apócrifo, apareció en Francia hacia el año 845 y fue tenida como auténtica hasta el siglo XV. Su contenido dispositivo estaba atribuido a antiguos pontífices o bien a declaraciones de algunas dietas galas. El objeto general perseguido por dicha obra es llamar la atención sobre la indisolubilidad que debe revestir el matrimonio entre cristianos, dirigir un reproche contra la práctica cada vez más común del raptó y a la vez exhortar al cumplimiento de las obligaciones civiles propias del matrimonio. Introduce una idea que resulta fundamental en la elaboración de la teoría matrimonial de la Iglesia, es la declaración de que el matrimonio es legítimo cuando además de otras ceremonias⁷⁶, se ha recibido la bendición sacerdotal. La incidencia del pseudo Isidoro se deja sentir en la obra de Graciano, así pues, a través de los escritos suyos se dispone como obligatoria la bendición nupcial por parte del sacerdote, con lo cual lo que se logra no es otra cosa que incorporar dentro de las disposiciones de la Iglesia unas formalidades jurídicas de carácter civil⁷⁷.

En las postrimerías del siglo octavo, la ostentación de la competencia jurisdiccional por parte de la autoridad eclesiástica ya era tenida por legítima en materia de impedimentos por causa de parentesco y de adulterio, ello no obstante que la ejecución de las mismas requería el auxilio del brazo secular. Esta competencia eclesiástica se incrementó durante el transcurso de la segunda mitad del siglo IX, sin todavía llegar a ser total y exclusiva. Lo que se refleja a través de los escritos de autores canonistas de dicho tiempo, que seguían admitiendo la jurisdicción estatal. En este sentido puede verse la respuesta que Hincmaro de Reims dio en ocasión de la consulta a él formulada en el caso matrimonial de Lotario y Teutberga (860), en el que se nota que a pesar de que Hincmaro⁷⁸ era favorable a la competencia eclesiástica, reconocía además al Estado competencia sobre tales asuntos, así pues, dejaba a las partes la libertad de elegir entre someterse a la jurisdicción del juez secular o del eclesiástico. Destacada es también, en esta materia, la opinión del Papa Nicolás I, en el ya mencionado documento *RESPONSORUM AD BULGARORUM*, en el cual reconoce la potestad del Estado para la sanción penal del adulterio y del incesto. En ese tiempo, el obispo con ocasión de sus visitas pastorales, veía las causas matrimoniales e imponía soluciones a las mismas⁷⁹.

76 Para mayor abundamiento, SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 234-238.

77 Cfr. FOSAR, RCRITDI, LII, 1976, 1113.

78 Un estudio sobre su tesis desde el punto de vista doctrinal en: RINCÓN, Tomás; El matrimonio, Misterio y signo, siglos IX al XIII; Ediciones Universidad de Navarra S.A.; Pamplona; 1971; pág. 67-81.

79 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 133 ss.

El giro definitivo hacia el exclusivo conocimiento de todo asunto surgido en ocasión de la regulación y solución de las controversias matrimoniales se produce en el décimo siglo de nuestra era⁸⁰, exclusividad que se asentará definitivamente en la siguiente centuria. Dicho fenómeno resulta ser consecuencia de una nueva decadencia del poder regio, y de que sea la Iglesia quien sustituya con su autoridad el vacío de poder; en esta circunstancia encuentra su razón la asunción eclesiástica de la potestad exclusiva sobre el matrimonio^{81 82}; esto, sumado a la cada vez mayor atención prestada al tema por la doctrina de los teólogos y canonistas, constituye el preludio del nacimiento de las grandes recopilaciones canónicas y los albores del esplendor escolástico.

Ya por este tiempo, la legitimidad y la obligatoriedad de las disposiciones eclesiásticas en cuanto al juzgamiento de los asuntos nacidos con ocasión del matrimonio -cuestiones relativas al parentesco de los casados, a los esponsales o solicitudes de separación- era totalmente reconocida por el Estado. Incluso se llegó a someter a conocimiento eclesiástico asuntos relacionados con el aspecto patrimonial conyugal, alrededor de todo lo cual hasta se articuló un proceso con todas las características judiciales⁸³.

Desde que en el siglo XI, la potestad de la Iglesia sobre la institución matrimonial se concretó y asentó, de manera exclusiva será ella la que regule todo lo atinente a dicha materia hasta que contra su autoridad se levante el protestantismo, y, al amparo de sus enseñanzas en materia matrimonial, se acuñe una teoría que alegada por el poder secular, arrebatará a la Iglesia su competencia matrimonial exclusiva.

80 REINA, RDPRIV LIII, 1969, 856; ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 224; CARRIÓN OLMOS, Salvador; Historia y futuro del matrimonio civil en España; editorial Revista de Derecho Privado; 1977; pág. 4; COMPORTI, Marco (et al.); Istituzioni di Diritto privato, a cura di Mario Bessone; G. Giappichelli editore; Torino; 1998; pág. 175.

81 Cfr. ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 224. En igual sentido: SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 240; COLIN/CAPITANT, Curso I, Introducción, 1975, 321 ss.; MAGALLÓN, El Matrimonio, 1965, 10; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 164 s.

82 Algún sector de la doctrina canónica, señala como posibles motivos de la acumulación total de la regulación matrimonial en manos de la Iglesia, en primer lugar la casi total profesión del cristianismo dentro de la sociedad, circunstancia que permite la práctica inexistencia de disenso u opinión en contrario respecto de las decisiones y autoridad eclesiástica. El segundo está constituido por las razones políticas que contribuyeron a que el Estado depositara en la Iglesia una cuota grande del poder en el transcurso de la alta edad media. En tercer y último lugar, el proceso unificador del derecho continental que tuvo su realización en los siglos precedentes al *ius commune*: V. ACUÑA, IC XIII, 1973, 152; tamb. GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 40s.

83 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 166 ss.

2.2.1.2 La normativa como elemento de afianzamiento de la potestad exclusiva

Cuando la Iglesia tuvo en sus manos la facultad absoluta de regular el matrimonio de los cristianos, surgió la necesidad de perfilar la manera de llevar a cabo la normación del instituto en cuestión, y esa tarea la realizó en un primer momento a través de cánones conciliares, decretales pontificias y estatutos de sínodos diocesanos. Ejemplo de todo esto son las colecciones canónicas de los siglos XI y XII, el decreto de Graciano y las colecciones de Decretales de los siglos XII y XIII. Este conjunto de disposiciones que con carácter de normas se iba creando en el seno de la Iglesia, en algunos aspectos alteró la herencia doctrinal y conceptual del primer milenio⁸⁴.

Dentro de las obras más destacadas podemos citar por su contenido, fruto de una reflexión paciente y concienzuda, sobre la formación de la doctrina matrimonial de la Iglesia⁸⁵:

- El decreto del obispo Burchardo de Worms⁸⁶, que data de los primeros años del siglo XI (1008-1012), dentro de su contenido destaca el libro IX "de las vírgenes y las viudas, de sus raptos y de las penas que han de infligírseles, del matrimonio y del concubinato", así como también el libro VII, que trata del incesto y el XVII de la fornicación.

- El *Liber de vita cristiana*, de Bonizo de Sutri, cuyo libro VIII está dedicado al matrimonio. En esta obra el autor alude, de manera general, a la respuesta que debe darse a la pregunta ¿qué es un *legale coniugium* y cómo debe celebrarse? La respuesta dada a la primera interrogante puede resumirse diciendo que un matrimonio es legal cuando no infringe ninguna prescripción legal. Por lo que toca a la segunda, explica el matrimonio como algo eminentemente consensual que comprende una entrega de la mujer por parte de sus padres al sacerdote, quien a su vez la confía a su esposo. Pese a que defendía acérrimamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial, no lo asimila a los sacramentos.

- En el transcurso de los últimos diez años del siglo en cuestión, Ivo de Chartres, redactó su Decreto, dedicándole al matrimonio trescientos treinta y cuatro capítulos, comprendiendo la casi totalidad de los temas relativos al mismo; desde su formación, pasando por la indisolubilidad hasta el rapto y el concubinato. En el apartado IX se pronuncia respecto de las uniones incestuosas.

84 Idem, 167 s.

85 Sobre las siguientes citas de obras, Idem, 169-171.

86 ACUÑA, IC XIII, 1973, 153.

- Un clásico de la literatura canónica de este tiempo lo es sin duda, el Decreto del maestro Graciano, obra que recoge lo más esencial del derecho antiguo. A partir del comentario de este decreto, los canonistas desarrollaron a mediados del siglo XII, las bases de lo que sería una inmensa y rica obra doctrinal que caracteriza la época del esplendor del derecho canónico clásico.

A toda esta intensa actividad creadora, en sede legislativa, se agrega la recopilación de textos. En este período son importante las compilaciones, que son los instrumentos de difusión unitaria de los textos recopilados. De esta manera se conservó y difundió las colecciones de Decretales a las que se agregaban cánones con origen en concilios. Así por ejemplo, Bernardo de Pavía, en *Compilatio Ia*, alude al tema del matrimonio en su libro IV. Las Decretales de Gregorio IX dan cuenta de la profusión legislativa en el siglo XII, su libro IV subdividido en veintidós títulos, es expresión de ello. A partir de la segunda mitad del decimotercer siglo, esta actividad legislativa decayó⁸⁷.

Si la canonística crea y afianza las reglas del matrimonio para los cristianos, la teología procurará explicar la sustentación y la razón de éstas. En tal sentido, la impronta teológica de la Iglesia también será notoria en el ámbito matrimonial, cuestión a la cual nos dedicaremos a continuación.

2.2.2 Lo postulados básicos para la conformación de la teoría clásica del matrimonio

La vertiente doctrinal del torrente creador de la Iglesia se ocupó de lleno en la explicación de la realidad matrimonial desde su propia perspectiva. Inició la labor a través de la indagación teológica que parte de la toma de conciencia de que en el matrimonio no sólo existe una mera unión de dos personas que, siendo de distinto sexo, procuran tener una vida en común a partir de la cual satisfacer necesidades de muy humana enjundia y procuran prolongar su existencia a través de la prole, sino que ve en ello una realidad trascendente a través de la cual el hombre se ve inmerso en la participación en el misterio que figura la unión de Cristo con la Iglesia. Esta noción ha sido fruto del análisis de los textos sagrados, pero a partir de ella se llegará a dos conclusiones fundamentales. Una, es que el matrimonio es un sacramento, constituido por virtud de la expresión de una libre voluntad de las partes que en él intervienen, sacramento que reviste al vínculo matrimonial de su carácter indisoluble. Y la segunda, que pese a ser el matrimonio un sacramento, la Iglesia tiene potestad para legislar y juzgar sobre el mismo en razón de que dentro de ese sacramento latén dos aspectos distintos, el divino y el contractual, que en concurrencia lo conforman.

⁸⁷ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 171.

De manera general analizamos a continuación el desarrollo lógico de la teoría clásica del matrimonio partiendo de tres parámetros: la sacramentalidad, el consentimiento y la asimilación al contrato. Puntos que en su conjunto contribuyen a comprender mejor la evolución histórica del momento cúlmine de la teoría contractual del matrimonio.

2.2.2.1 El sacramento en el matrimonio

Si como ya mencionamos, la Iglesia durante sus primeros tiempos no se ocupó más que de hacer observar un comportamiento adecuado en cuanto a su doctrina respecto del matrimonio, pronto, por obra de los santos Padres, se inaugura el tratamiento doctrinal del matrimonio. La especulación al respecto tiene su origen en la epístola de San Pablo a los de Éfeso, en su capítulo 5, versículo 33⁸⁸, en el cual se hace alusión al matrimonio como *magnum sacramentum*⁸⁹. Precisamente, fue san Agustín el más destacado estudioso del asunto y quien aplicó el término *sacramentum*⁹⁰ al matrimonio de los cristianos. Sin ahondar en la reflexión patrística, por no convenir a los objetivos seguidos en este estudio, diremos que de manera general la idea que late en la doctrina de los Padres es que el matrimonio es indisoluble por simbolizar la unión de Cristo y la Iglesia⁹¹.

88 "Gran misterio es éste, pero yo lo aplico a Cristo y a la Iglesia": Cfr. Sagrada Biblia, Versión directa de las lenguas originales por Eloíno Nácar Fuster y Alberto Colunga Cueto O.P.; quincuagésima tercera edición (reimpresión); BAC; Madrid; 1998; pág. 1477.

89 Respecto de la significación del vocablo "*sacramentum*", SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 249 s., expresa que en latín clásico dicha palabra hace alusión a las obligaciones que son de carácter indisoluble y en consecuencia, el hecho de que san Agustín la utilice con referencia a lo sagrado no obsta para que siga conservando ese carácter que le ha impreso la lengua de los romanos. Señala además que en el latín vulgar y en orden de significación, la voz "*sacramentum*" equivale a un compromiso en el sentido religioso; juramento y también, lazo jurídico y sagrado nacido de las obligaciones nacidas del juramento. (sobre los últimos dos significados V. Diccionario Latín- español español- latín, ediciones S.M.; Madrid; 2000; pág.610).

90 Según opinión de SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 247, San Agustín concibe la palabra *sacramentum* desde una doble significación, como atadura indisoluble de las obligaciones sagradas y así puede vérselo como un signo sagrado que complementado con la segunda idea: realizar, de alguna manera, el misterio de la unión de Cristo con la Iglesia. V. para mayor abundamiento en la idea de la patrística sobre la sacramentalidad en el matrimonio, la obra del mismo autor en sus páginas 245-251; tamb. TEJERO, Eloy; "La sacramentalidad del matrimonio en la historia del pensamiento cristiano", IC vol. XIV, número 27, enero - junio 1974; pág.11-31; GERPE, La potestad, 1970, 4-22; OGGINI, Giulio; "La dottrina del matrimonio dai Padri alla scolastica" y COLOMBO, Carlo, "Il matrimonio sacramento della nuova legge", (ambos) en, Enciclopedia del Matrimonio, a cura di Tullo Goffi, 3ª edic. riveduta ed ampliata; Queriniana; Brescia; 1968; págs. 237 ss, 347 ss.

91 Cfr. SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 249.

A partir del pensamiento agustiniano se plantea el germen de la reflexión sobre el elemento sacramental del matrimonio a lo largo de varios siglos hasta su total elaboración en el período que ha dado en llamarse del “derecho canónico clásico”, mismo que tiene lugar entre los siglos XI y XIII⁹².

Así pues, hacia el inicio del siglo XII, en el que la especulación filosófica y teológica inicia su época de esplendor en el seno de la Iglesia, la idea más difundida sobre el matrimonio estaba tomada de la Palabra Revelada: en el matrimonio se hacía presente la figuración de la unión de Cristo con la Iglesia, por razón de que en lo profundo del vínculo matrimonial latía un cierto *sacramentum*. Con estas pautas se inició la especulación sobre lo que significaba y sobre la manera en que repercutía en el matrimonio ese *sacramentum*. De esto surgió la necesidad de dar solución a dos planteamientos que en su esencia se interrelacionan íntimamente, nos referimos al *sacramentum* y al consentimiento que lo genera; así como también, cuándo hay un auténtico sacramento y qué es lo que constituye el matrimonio⁹³, temas estos que desarrollamos a continuación.

2.2.2.1.1 Exposición doctrinal⁹⁴

La especulación sobre la sacramentalidad del matrimonio fue abordada desde varios puntos de vista⁹⁵.

Hugo de San Víctor (+1141), propone la distinción entre el matrimonio de los cristianos y el de los gentiles, llamando al primero “sacramento”, puesto que cuando dicho vínculo se contrae entre cristianos resulta ser una cosa santa y santificante por contraposición al matrimonio de los infieles.

Hacia 1230, sale a luz la opinión de que el matrimonio, pese a no producir la gracia, tiene relación con ella, pudiendo en consecuencia denominarse sacramento conservativo” de la gracia. A Guillermo de Auvergne, se le atribuye esta idea.

San Buenaventura⁹⁶ (+1274), ve en el matrimonio algo que no sólo conserva la gracia, sino que da también cierta gracia, al menos de orden puramente medici-

92 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 220 ss.

93 COLOMBO, EMATR, 1968, 349s.; SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 252.

94 Respecto de la sacramentalidad del matrimonio desde la patrística hasta la incipiente escolástica V. TEJERO, Eloy; “La sacramentalidad del matrimonio en la historia del pensamiento cristiano II. De la patrística a la escolástica incipiente”, IC Vol. XX, número 39, enero – junio 1980; pág. 285-327.

95 Sobre las opiniones de los autores expuestos V. ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 112ss.

96 IV SENT, D.26 A.2, Q.2, Concl.

nal, por ello el matrimonio es un remedio contra el triple desorden de la concupiscencia, es decir, contra la infidelidad, la lujuria y la inestabilidad, a través de los opuestos bienes que otorga el matrimonio: *fides, proles y sacramentum*.

Pero el matrimonio no sólo sirve de remedio, es decir no sólo da una gracia que palie los desordenes carnales, sino que otorga gracia que impulsa a hacer el bien, esta es posición tomada por San Alberto (+1280).

El punto final de esta discusión la pone Santo Tomás⁹⁷, quien con su enorme autoridad contribuirá a la definitiva aceptación de que a través del matrimonio se realiza un sacramento que al igual que todos los demás, otorga la gracia.

En el aspecto conciliar se puede destacar la opinión de que el matrimonio cristiano constituye un sacramento a partir del siglo XII, y como tal es incluido en la lista de los sacramentos. En el Concilio de Verona de 1184, es la primera vez que la Iglesia se pronuncia en este sentido, en su texto el Papa Lucio III alude al matrimonio como un sacramento, más precisamente en la constitución *Ad abolendam* dirigida contra varias herejías. También puede apreciarse dicha afirmación en la profesión de fe de Inocencio III en 1210; el concilio de Lyon en 1274 y el decreto de unión con los armenios de 22 de noviembre de 1439, del concilio de Florencia (siendo Sumo Pontífice Eugenio IV). Finalmente, de manera solemne e irrefragable se estipula la sacramentalidad del matrimonio en el Concilio de Trento⁹⁸.

No obstante los esfuerzos realizados en pos de lograr una determinación sobre la sacramentalidad del matrimonio, aún en el siglo XIII, la idea canónica relativa al *sacramentum coniugii* resultaba ser un tanto indefinida⁹⁹.

97 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 220; no obstante en el ámbito escolástico, ya el Aquinate, en la III parte de la Suma Teológica, T XIII "Tratado de los sacramentos en general", Cuestión 65 "del número de los sacramentos", artículo 1 "si los sacramentos han de ser siete" y artículo 2 "Si la precedente ordenación de los sacramentos está bien hecha", Versión e introducción del P. Fr. Cándido Aniz O.P. Biblioteca de autores cristianos; Madrid; 1957; pág. 141-149, deja claramente expresado que el matrimonio está en la lista de los sacramentos y que ocupa el último lugar de entre ellos.

98 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 112-117; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 221.

99 Alguna dificultad presenta para algunos autores apreciar dentro del matrimonio la existencia de un sacramento; así, en los inicios de la escolástica el matrimonio se considera como un signo de gracia, una figuración de la unión de Cristo y la Iglesia que por sí mismo no resulta causante de la dicha gracia, esta es la opinión mostrada por Abelardo (+ 1143) y también por Pedro Lombardo en sus Sentencias que datan entre 1150 y 1152, respectivamente: ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 112 s.

Todavía en los siglos XII y XIII no se ha perfilado con nitidez lo que de sacramento hay en el matrimonio cristiano; sin embargo, a partir de las obras de los grandes maestros escolásticos, Duns Escoto integra definitivamente la conciencia sacramental respecto al matrimonio. Para Escoto, el matrimonio es la expresión de un consentimiento a través de palabras por las que los nupciales, de manera recíproca, se conceden poder sobre el cuerpo del otro con la finalidad de haber hijos, constituyendo un sacramento¹⁰⁰ que como signo de la institución divina otorga la gracia que provee a los celebrantes, que son las partes, de la gracia santificante, igual que los otros seis sacramentos de la lista¹⁰¹.

2.2.2.3.1.1.1 La importancia del consentimiento como elemento constitutivo y esencial del sacramento matrimonial

Si el sacramento que emula la unión de Jesucristo con su Iglesia es el matrimonio, ello es así porque el sacramento se realiza a través del consentimiento¹⁰² de los cónyuges -que es su esencia- expresado de manera libre, tal y como lo expresara Hugo de San Víctor al enunciar las características del consentimiento matrimonial.

Desde tiempos de prevalencia del Derecho romano, e imbuida de sus principios informadores en esta materia -la matrimonial-, la Iglesia defendió la libertad de las personas para escoger, no sólo con quién contraer matrimonio, sino también la libertad de elegir el momento cuándo realizarlo. En ello está la raíz de la llamada doctrina consensualista.

No obstante, este asunto del consentimiento entra en íntima relación con otro, no menos importante dentro de la teoría matrimonial en formación; se trata de la elucidación de la causa eficiente del matrimonio, el *substratum* a través del cual se debe tener como constituido y válido el matrimonio a los efectos de su indisolubilidad por razón de su sacramentalidad¹⁰³, lo cual se plantea como una interrogante a resolver: ¿cuándo se verifica definitivamente el matrimonio y surge el *sacramentum* que lo hace indisoluble?

100 "Decir que el matrimonio es un sacramento equivale a decir que es un signo sensible que produce la gracia en quienes lo reciben con las debidas disposiciones, esto es, en quienes lo contraen... es un signo sensible y eficaz de la gracia": FORNÉS, Derecho matrimonial, 1997, 20.

101 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 220-222.

102 Un desarrollo sobre la actual doctrina canónica sobre el consentimiento matrimonial, en CASTAÑO, J. F; "El canon 1057, centro de la legislación matrimonial de la Iglesia", REDCAN vol. 47, julio - diciembre, 1990; pág. 563-575.

103 REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 105.

En razón de tales interrogantes, la reflexión de la Iglesia sobre el matrimonio en este punto tiene como origen la distinción entre lo que es el matrimonio propiamente dicho y los esponsales. Siendo que en ambas actividades interviene una cierta aceptación u otorgamiento de voluntades, ambas constituyen dos situaciones o momentos distintos dentro de los que interviene un cierto consentimiento; mas en los siglos anteriores a la doctrina clásica del derecho canónico, respecto del papel que juega el consentimiento en la institución matrimonial, aún no se sabe con exactitud el alcance de uno u otro tipo de consentimiento en la conformación del vínculo sacramental.

Para dar respuesta al anterior planteamiento se propuso por la doctrina dos soluciones que en su esencia eran contrapuestas, una con clara influencia romanista, para la cual el matrimonio se inicia y perfecciona -y por ende es un sacramento- a partir del otorgamiento del consentimiento. En cambio, para la segunda tesis, de inspiración en las ideas hebraicas que luego retomó San Agustín, el matrimonio, para causar el sacramento, no sólo requiere la voluntad sino también la consumación de la unión de los cuerpos¹⁰⁴.

2.2.2.1.1.2 Evolución de la doctrina

Podemos iniciar esta exposición con la opinión del Papa Nicolás I (858-867)¹⁰⁵ quien en el siglo IX, con ocasión de su famoso documento "*responsa ad consulta Bulgarorum*"¹⁰⁶, da por hecho que el matrimonio se perfecciona solamente a través del consentimiento, que es el consentimiento lo que basta para que el matrimonio se tenga por iniciado. Hacia el mismo tiempo Hincmaro de Reims (845-882), afirma una tesis adversa, es la unión sexual lo que constituye el matrimonio¹⁰⁷, opinión que fue defendida posteriormente por Reginon Abad de Prüm (915) y Algerio de Lieja (1130). La doctrina que en asuntos matrimoniales puede brindar el obispo de Reims, es fruto de su experiencia en la solución de algunos casos a él planteados¹⁰⁸; nos referimos precisamente a casos matrimoniales muy

104 SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 253ss.

105 De quien dice RINCÓN, El matrimonio, 1971, 65, Es el gran Papa de la doctrina sobre el consentimiento.

106 De 13 de Noviembre de 866, el cual expresa que "frente a las ceremonias exigidas por los griegos para la validez del matrimonio, en la Iglesia latina "*ac per hoc sufficiat secundum leges solus eorum consensus, de quorum coniunctionibus agitur. Qui consensus si solus in nuptiis forte defuerit, cetera omnia etiam cum ipso coitu celebrata frustrantur, Iohanne Crisóstomo magno doctore testante, qui ait: matrimonium non facit coitus, sed voluntas*". (cita en p.14 de AZNAR GIL, La institución, 1989)

107 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 100; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 152; BERNARDEZ CANTÓN, Curso, 1978, 35s.

108 Más detalles sobre los casos que se le sometieron en consulta a Hincmaro, en, GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 149-153.

famosos en su tiempo, por las personas que en ellos se vieron involucrados, entre estos puede citarse el matrimonio de Lotario II y Teutberga. Sea como fuere, este autor quizá influido por las enseñanzas de los Santos Padres y con mucha antelación a la postulación principal de la escuela de Bolonia, expone con orden lógico la distinción entre lo que constituye la celebración o inicio del matrimonio y la consumación del mismo, decantándose por la consumación como el elemento que dota a la unión conyugal de un carácter definitivo. Aboga por la indisolubilidad en los casos en que se han seguido, para la constitución del matrimonio, las vigentes formalidades de carácter jurídico a la usanza, así el matrimonio digno de tenerse por válido es el conjunto de la boda¹⁰⁹.

Durante este período tiene lugar el renacimiento del antiguo Derecho romano encarnado en la monumental obra justiniana y a partir de los conceptos brindados sobre el matrimonio en los textos del Corpus, crece de manera considerable la estimación del consentimiento como elemento constitutivo del vínculo matrimonial -*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*¹¹⁰-, concepción que en lo rudimentario había sido tenida como postulado básico de la doctrina de la Iglesia, sobre el matrimonio, desde sus orígenes¹¹¹.

A partir de la recepción¹¹², la tesis que aboga por la absolutez del consentimiento en la constitución y consolidación del vínculo matrimonial¹¹³, no sólo constituirá una imposición romanizante, sino que los teólogos lombardos, germanos y francos iban a analizar dicha posición con mayor detenimiento. Puede decirse

109 Idem, 237 s.

110 Digesto, L, XVII, 30, en: Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. III, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1897 (edición. facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág. 947.

111 V.GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 85.

112 V. respecto de la recepción: Le droit romain et sa reception en Europe, edités par Henryk Kupiszewski et Witold Wolodkiewicz, Université de Varsovie, 1978, (les actes du colloque organisé par la faculté de Droit et d'administration, de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'accademia nazionale dei Lincei 8-10 octobre 1973); ROSAS BENÍTEZ, Alberto; Proyección histórica del Derecho, Vol. IV, Regreso medieval del Derecho romano; Guadalajara, México; editorial hexágono; 1996; págs. 41-51; PESET, Mariano/MORA, Adela/FERRERO, Remedios/CORREA, Jorge/GARCÍA, Pilar/PALAO, Javier; Historia del Derecho; Artes gráficas Soler S.A; Valencia; 1989; pág. 129; PARICIO, Javier/FERNÁNDEZ BARREIRO, A; Historia del Derecho Romano y su recepción; Centro de Estudios Ramón Areces S.A; Madrid; 1995; pág. 211; COING, Helmut; Derecho Privado Europeo I, trad. Antonio Pérez Martín; Fundación cultural del notariado; Madrid; 1996; pág. 33; CLAVERO, Bartolomé; Curso general de historia del Derecho I, Institución histórica del Derecho; Marcial Pons ediciones jurídicas S.A; Madrid; 1992; pág.35.

que, de tal manera, el matrimonio se empieza a perfilar como una relación de compromiso personal¹¹⁴.

Con estos elementos dados, ya en el siglo XI, Yvo de Chartres (en su Decreto datado entre 1093-1094) introduce una solución que posteriormente tendrá eco en la postulación final de la tesis matrimonial canónica clásica; como constituyente del vínculo matrimonial ubica al consentimiento y circunscribe su indisolubilidad al acto de la unión sexual. Pese a que de manera general este autor era defensor del consensualismo, otorgaba importancia al hecho de la consumación matrimonial¹¹⁵.

Radicaliza esta idea Anselmo de Laon (+1117), para quien debía hacerse una distinción entre *sacramentum* y *res sacramenti*; el *sacramentum* representa la unión de Cristo y su Iglesia, en virtud de lo cual la vinculación de dos personas por medio del matrimonio genera el *sacramentum*, no obstante, sólo los buenos obtienen la llamada *res sacramenti*, por lo que son asumidos como miembros de Cristo. Esta solución implica que el matrimonio adquiere su perfeccionamiento a partir del momento de su consumación, puesto que sólo ello es lo que le otorga la calidad de indisoluble¹¹⁶.

Siguen esta misma línea argumental las Sentencias de Guillermo de Champeaux (+1122), en cuyos textos se da un mayor desarrollo argumental de la distinción planteada por Laon entre *fides pactionis* y *fides coniugii* (o *fides consensus* o *contractus*¹¹⁷), acuñando en bruto lo que más tarde se conocerá como la discusión sobre el matrimonio de presente y de futuro. La *fides pactionis* está constituida por una promesa de tomar a la mujer en calidad de esposa en un futuro acto; por ello constituye una promesa que mira a lo futuro. En cambio, la *fides consensus*, es la propia aceptación de la mujer por esposa. Así pues, si entre la pareja no había tenido lugar más que una *fides pactionis* estaba facultado cualquiera de ellos a establecer un vínculo matrimonial con un tercero; contraria era la consecuencia si entre los sujetos matri-

113 En la conformación de la idea contractualizante que impera, en los ambientes intelectuales, en este tiempo, seguramente tiene gran incidencia un texto del Digesto que destaca por hacer de la voluntad un elemento de infinita capacidad para crear vínculos jurídicos: "*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*" (D. II, XIV, 1, 2, en, Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. I, Institutas, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1889 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág. 275.

114 SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 252 s.

115 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 101 s; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 170.

116 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 173.

117 Sobre el uso indistinto de estos términos V. SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 254, n. 24.

moniales había una relación que implicase la existencia de una *fides consensus*, pues la adquisición de un vínculo matrimonial con tercera persona resultaba entonces imposible¹¹⁸.

La primera gran exposición de doctrina matrimonial en el campo teológico fue obra de Hugo de Saint Victor¹¹⁹ (+1141), a través de su obra *De sacramentis*. Su opinión sobre el tratado asunto es que el matrimonio adquiere su realidad a través del intercambio de las voluntades de los nupciales, expresadas de presente; es el consentimiento lo que constituye la causa eficiente del matrimonio. Respecto de la cópula, se inclina por hacer notar que si bien es cierto constituye una realidad que va unida por propia naturaleza al matrimonio, no constituye un requisito indispensable para tener por realizado el *sacramentum*^{120 121}.

Estas dos corrientes de pensamiento encontrarán cabida en las obras de dos grandes maestros medievales, enfrentando así la opinión de las escuelas de Bolonia y París, la primera teológica y la segunda jurídica, hasta la consecución de una solución final del asunto debatido por obra de la autoridad pontificia.

La tesis de Pedro Lombardo, maestro de la Universidad de París, sostiene que el matrimonio única y exclusivamente necesita para su válido nacimiento y consolidación, el acto volitivo de los contrayentes, es el consentimiento lo único necesario para que surja el sacramento que simboliza la unión de Cristo y la Iglesia. En su tesis, distingue los *sponsalia per verba de futuro* o promesa de un futuro matrimonio de los *sponsalia per verba de praesenti* que es el mutuo consentimiento emitido por los cónyuges. Es a partir de la emisión de este consentimiento de presente cuando nace y se perfecciona el matrimonio, dando nacimiento así al sacramento¹²². Pedro Lombardo es quien acuña los vocablos con que la doctrina

118 Idem, 173, 195.

119 Este autor fue quien por vez primera enunció los puntos característicos de un justo matrimonio: libre, actual y legítimo.

120 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 102; en palabras de BELTRÁN FUSTERO, Luis; "Un estimulante del matrimonio: El artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", ADC Octubre- Diciembre 1956; pág. 1316, ante la afirmación de que el matrimonio tiene por causa eficiente al consentimiento expresa que, si el consentimiento resulta indispensable en cualquier contrato, con mayor razón lo es cuando da origen a una situación llamada a ser indisoluble como lo es el matrimonio.

121 Lo que en palabras de Rufino sería (cita en GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 221): El convenio de la desponsatio significaba el sacramento del alma a Dios. La sponsa se aliaba a su sponsus mediante la desponsatio, igual que el alma se une a su Dios mediante el amor. En la unión de los cuerpos se oculta el sacramento de Cristo con la Iglesia. Porque igual que el hombre y la mujer ya no forman más que una sola carne, Cristo y su Iglesia no son más que una carne y una sola persona.

122 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 103; REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 107.

llamará definitivamente a ambas situaciones -esponsales y matrimonio-, así pues llamará a la primera *verba de futuro*, que siendo una promesa, tan solo permitía que se hablase de *sponsi* o prometidos y a la segunda, *verba de presenti*, en virtud de lo cual se constituye el verdadero vínculo matrimonial, dando así lugar a los esposos *coniuges*¹²³,

Por lo que hace a la segunda teoría, Graciano, afirma que para que el matrimonio adquiriera plenitud debe ir acompañado de la *copula carnalis*, distinguiendo en consecuencia dos momentos, el *matrimonium initiatum*, resultado del mutuo consentimiento y el *matrimonium perfetum* que se obtiene a partir de la unión sexual. Así el *matrimonium initiatum* puede disolverse, en cambio el segundo no¹²⁴.

Es este el tiempo del esplendor de la doctrina canonística, a partir de los comentarios al Decreto de Graciano, se realizó por los canonistas un trabajo de sistematización lógica de la materia matrimonial. Así, los postrimeros años del siglo XII y durante el XIII, se produce abundante trabajo reflexivo sobre el matrimonio. Los decretalistas iniciaron su labor acrisolando la distinción entre esponsales y el propio matrimonio.

De esta época pueden citarse nombres ilustres como los de Bernardo de Pavía (+1213), Juan Alemán (+1246), Inocencio IV (+1254), Enrique de Susa -el Ostiense- (+1271). Este proceso creador de conceptos y fórmulas ya no es tal en el siglo XIV; en efecto, pese a que se sigue escribiendo sobre el tema matrimonial, el resultado son obras de contenido reiterativo y repetitivo; nos encontramos con una situación totalmente distinta, el período de esplendor creativo e innovador ha decaído y, en consecuencia, aparecen obras de gran extensión pero sin contenido nuevo¹²⁵; ya la doctrina del matrimonio está elaborada y poco hay ya que agregar.

2.2.2.1.1.3 La solución definitiva: Teoría canónica clásica sobre el matrimonio

Como se puede apreciar, en este tiempo, la profusión de dos tesis contrapuestas era el síntoma más patente de una falta de criterio para juzgar la realidad matrimonial desde una perspectiva unitaria y coherente con los principios informadores del cristianismo. Quizá dicha carencia, de punto de encuentro y conciliación entre ambas tesis sea el producto directo del hecho de que éstas partían de materias que por su distinto modo de apreciar las realidades, como son la teología y el Derecho, resultaban totalmente dispares.

123 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 195.

124 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 103; REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 106 s.

125 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 175.

Ante este estado de cosas y para lograr una solución definitiva, intervino la autoridad pontificia, que prestando atención a los elementos fundamentales que informan a una y otra teoría logró incorporarlos dentro de una nueva tesis que pretendió ser el punto final de tan elevada discusión. A partir de estas premisas integradoras se creó la tesis matrimonial clásica de la Iglesia, misma que hasta hoy, con más o menos alteración, rige en el mundo occidental¹²⁶.

En efecto, el sistema propuesto por el Papa Alejandro III (1110-1181), plasmado en varias Decretales elaboradas en las postrimerías de su pontificado, presenta una síntesis de las doctrinas atinentes a la formación del vínculo matrimonial, tanto legales como teológicas, anteriores y coetáneas. Sintetiza pues, todos los elementos dados a través de una solución que de manera general es la que todavía inspira la legislación de la Iglesia. La solución planteada por este Pontífice pasa por aceptar la noción distintiva del concepto de consentimiento de presente y de futuro como un elemento fundamental para la comprensión del momento en que se inicia el matrimonio, incorporándole la noción dada por la escuela de Bolonia, que el matrimonio se perfecciona y hace indisoluble sólo por la cópula carnal¹²⁷. En el campo teológico, cuya doctrina fue desarrollada a partir del comentario a las sentencias de Pedro Lombardo también se asumía la misma solución¹²⁸.

En esta síntesis doctrinal, el Papa Alejandro, discrimina entre un matrimonio *initiatum*, en el que no habiendo más que un mero pacto entre los cónyuges, sin consumación a través de la unión sexual, existe ya un verdadero matrimonio, válidamente celebrado pero aún no revestido de la calidad de indisoluble, carácter que sólo lo otorga el representar la unión de Cristo y la Iglesia, es decir el sacramento. Ese matrimonio, pese a generar el vínculo entre las partes, no reviste aún un carácter tal que implique la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio o de separarse, pues es un matrimonio *ratum*. No es que el vínculo de tal naturaleza pueda disolverse por sí mismo, pues esa disolución sólo puede tener lugar a través de un indispensable acto de jurisdicción de la Iglesia, siendo éste el único título por medio del cual podría disolverse el matrimonio contraído¹²⁹.

126 Como dice IGLESIA, RDN; LXXXV- LXXXVI, 1974, "en el campo del matrimonio el Derecho actual es hijo y heredero del Derecho canónico".

127 AZNAR GIL, La institución, 1989, 16; REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 108s.

128 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 207.

129 "Sin cópula, es un matrimonio *ratum*, unión perfecta que sin embargo puede disolverse de tres maneras, por la entrada en religión de uno de los cónyuges, aun contra el consentimiento del otro, por *affinitas supervivens* pública y notoria y por dispensa de la sede romana. La cópula fundamenta una unión matrimonial e indisoluble si existe un previo consentimiento matrimonial válido bien prestado de presente o de futuro": ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A; Curso de derecho de familia, T.I, Matrimonio y régimen económico; editorial Civitas S.A; Madrid; 1987; pág., 42; V. tamb. SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 156.

Distinta consecuencia se obtiene cuando a ese acuerdo consensual sigue la unión sexual, puesto que entonces, el matrimonio ha recibido su asentamiento estable, es entonces un matrimonio *consumatum* y representa plenamente la unión de Cristo con su Iglesia, realizando en consecuencia el sacramento, circunstancia que en exclusiva, hace imposible no sólo la disolución matrimonial sino también cualquier intervención eclesiástica al respecto¹³⁰.

El hecho que cierra definitivamente este tema es la postulación de la tesis del Papa Inocencio III. Propone una solución, en lo esencial contenida en la antes expuesta teoría. Entre ambas posiciones la diferencia es que si para Alejandro III era el consentimiento de futuro mismo más la cópula carnal lo que daba nacimiento al vínculo conyugal, sin requerir para ello una actualización del consentimiento, para Inocencio III, en el mismo tipo de casos, sólo el consentimiento de presente es el que servía para originar el vínculo matrimonial¹³¹.

2.2.2.1.1.4 Algunos efectos de la asimilación de la doctrina consensualista

La adopción definitiva de la tesis consensualista repercutió de alguna manera en las relaciones de la Iglesia con la sociedad, así por ejemplo, suscitó controversias la escasa incidencia que se otorgó a la voluntad paterna en el matrimonio de los hijos, lo cual en algunas regiones chocaba frontalmente con las costumbres de la época¹³².

Pero si esta repercusión del consensualismo incidía de forma negativa en el control familiar de las nupcias de sus miembros, otro problema incidía en el control de la realización y publicidad de los matrimonios celebrados. Si el matrimonio se contrae por el solo consentimiento de la pareja, siendo ellos mismos los ministros del sacramento y ante la inexistencia de requisitos formales *ad validitatem* que permitiesen saber que entre dichos sujetos existe un vínculo de índole matrimonial, entonces los matrimonios celebrados de manera clandestina tienen igual validez y dignidad que los celebrados de manera pública ante el párroco. Este punto será un arma eficaz de los promotores de la reforma y de los partidarios de la jurisdicción estatal para atacar la potestad eclesiástica, tal y como lo

130 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 206; SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 258 ss; ALVAREZ CAPEROCHIPI, Curso I, 1987, 41s; AZNAR GIL, La institución, 1989, 16 s.

131 REINA/MARTINELL, Las uniones, 1996, 109; SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 43ss; No obstante la opinión de estos autores, AZNAR GIL, La institución, 1989, 16, resta trascendencia a las aportaciones que Inocencio III y otros Pontífices realizaron a la teoría matrimonial, calificándolas como modestas adiciones.

132 Cfr. GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 208 s; Opina contrariamente AZNAR GIL, La institución, 1989, 17.

apreciaremos más adelante. Lo cierto es que los matrimonios contraídos de forma clandestina eran válidos, aunque ilegítimos y seguirán muy presentes en el seno de la sociedad hasta que por obra del Concilio Tridentino, se convierta en un requisito *ad validitatem* la celebración del matrimonio *in facie ecclesiae*¹³³.

Dentro del ámbito de las consecuencias que la solución alejandrina, además de las antes enunciadas contradicciones e inconvenientes de tipo práctico, se presenta una de índole dogmática, pues, aunque doctrinal y teológicamente representa la respuesta a lo que constituye el origen de la indisolubilidad y la

133 En lo que atañe a la forma, la Iglesia en el siglo IX todavía no había estipulado con carácter obligatorio ningún tipo ceremonia especial para celebrar el inicio de la convivencia conyugal. Esto indica que en este tiempo se seguía considerando como adecuado el mantener las costumbres que cada pueblo tuviese en dicha materia; su ideal de tolerancia, hacia aquello que no propiamente atentaba contra la moral y ética cristianas, fue compatible con la ausencia de formalidades propias, siendo esto quizá una herencia del período romano (Cfr. ACUÑA, IC XIII, 1973, 143, agrega además (ibidem), que la forma se resume a una ceremonia meramente litúrgica que la Iglesia añadía a la unión entre un hombre y una mujer bajo las prescripciones y tradición del Derecho romano o germánico, sin un carácter *ad validitatem*).

En esta época, la Iglesia, aún acepta sin ninguna oposición importante las formalidades propias de cada región siempre que no representasen oposición a los principios cristianos, esto se manifiesta de manera patente en el célebre "*responsa ad consulta Bulgarorum*" (AZNAR GIL, La institución, 1989, 14), hasta tal punto se tenía por aceptada esta afirmación que Anselmo Laón describe el matrimonio como un "*consensus secundum morem patriae*".

Las primeras noticias que se tienen de ritos o ceremonias cristianas con ocasión del matrimonio datan del siglo IV (SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 229, da cuenta de que la más remota noticia que se tiene sobre una bendición nupcial con carácter litúrgico está fechada hacia 366-384, bajo el pontificado de Dámaso) específicamente en la Iglesia de Roma, consistiendo en oraciones o bendiciones pronunciadas por el sacerdote, que no revestían ninguna intencionalidad de carácter jurídico (No obstante, hubo intentos de juridizar algunas actividades relacionadas con el matrimonio, así por ejemplo, la imposición del Papa Bonifacio, en el siglo VIII, de que quienes tuvieran la intención de casarse realizaran advertencia al sacerdote y sus parientes a los efectos de verificar la inexistencia del parentesco entre los cónyuges: SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 234), así, puede afirmarse que ni siquiera se concebía un tal matrimonio religioso. Al igual que para los romanos, el matrimonio se iniciaba sin recurrir, a los efectos de su validez o legitimidad, a ninguna clase de rituales. Casarse en el Señor significaba en idéntico sentido que para el apóstol de los gentiles, unirse en matrimonio con otro individuo que profesase la religión cristiana (V. ALONSO PÉREZ, RDPRIV, LXII, febrero 1978, 18 s; FOSAR, RCRITDI, LII, 1976, 1112; SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 219 ss.). La verdadera juridización de una formalidad que fuese *ad validitatem* se logrará imponer hasta el Concilio de Trento en el decreto *Ne temere*.

V. una exposición sobre la forma del acto jurídico matrimonial y la forma de la declaración consensual en LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique; Estudios de Derecho matrimonial; ediciones Rialp S.A; Madrid; 1962, pág. 232 ss.

sacramentalidad matrimoniales: tiene su fundamento en el consentimiento y no en la bendición nupcial; la dicha solución no contempla la explicación del porqué la Iglesia despliega una actividad legislativa y jurisdiccional sobre algo que constituye un sacramento, ya que si el matrimonio se conceptúa como un verdadero sacramento, ella no puede legislar en cuanto a sus elementos esenciales, por cuya causa tampoco podría constituir impedimentos ni dispensar de los que por voluntad divina existan.

Estos inconvenientes encuentran solución a través de una fórmula acuñada por la escolástica, misma que a su vez representó la base de la posterior reclamación de la jurisdicción matrimonial por parte del Estado, y que enseguida exponemos.

2.2.3 La escisión del matrimonio

No debemos olvidar que estamos describiendo acontecimientos que tuvieron lugar durante el esplendor escolástico, por ello, notaremos que es a los autores de esta escuela a quienes corresponderá procurar una meditación y respuesta de las interrogantes planteadas con ocasión de los temas más importantes de su tiempo, y por ende sobre el tema de este trabajo.

En este sentido, San Buenaventura¹³⁴, Santo Tomás y San Alberto Magno, presentan una tesis a través de la cual se presenta el matrimonio como un todo único que sin embargo se integra por dos elementos distintos, elementos de índole diversa que devienen de una realidad natural (*officium naturae*) y a la vez de una sacramental (*sacramentum*): un contrato y un sacramento ¹³⁵.

¹³⁴ Expresa que el matrimonio es la unión legítima del hombre y la mujer, llevando ante todo deber de inseparable régimen de vida y que significa la unión de Cristo con la Iglesia y de sus dos naturalezas en una única persona, constituyéndose de manera esencial por el consentimiento libremente expresado por las partes a través de una externa manera, teniendo su consumación en la cópula carnal: Cfr. Breviloquio, parte VI, capítulo XIII "de la integridad del matrimonio", en, Obras de San Buenaventura, V. I, T.I, Breviloquio; Itinerario del alma a Dios; Reducción de las ciencias a la teología; Cristo, maestro único de todos; excelencia del magisterio de Cristo. 3ª edic. bilingüe revisada, edición dirigida, anotada y con introducciones por los P: Fr. León Amoros O.F.M; Fr. Bernardo Aperribay O.F.M; Fr. Miguel Oromi O.F.M; BAC; Madrid; 1968; pág. 416.

¹³⁵ Sto. Tomás de Aquino; Suma Teológica, T. XV, "tratado del orden y del matrimonio", Versión e introducciones del P. Fr. Sabino Alonso Morán O.P; BAC; Madrid; 1956; pág. 240-244, supl. Q. 45, art. 1 "si el consentimiento es causa eficiente del matrimonio" y art. 2 "si el consentimiento debe manifestarse oralmente": "Así, pues, como en el matrimonio hay cierta unión espiritual, por lo que tiene de sacramento, y también alguna unión material, en cuanto es un acto natural y de vida civil, conviene

El sacramento matrimonial se produce a consecuencia de la libre voluntad, por el consentimiento válidamente expresado, pero esta afirmación trae anexa la incorporación ideal del matrimonio a la figura contractual, y es que como ya expusimos arriba, la recepción del Derecho romano propició una asimilación de todo cuanto tuviese al consentimiento como base, a la categoría jurídica de los contratos. Se determinó que ese consentimiento en el sacramento del matrimonio constituye un contrato a través del cual toma realidad el sacramento, contrato que se asimila a los contratos humanos.

Como es de notar, en este tiempo ya la teología ha adoptado el vocablo contrato para referirse a la constitución del matrimonio, tema éste que desarrollaremos posteriormente. Se procura designar con tal término al elemento tanto humano como natural que interviene en el matrimonio, como algo totalmente distinto del carácter sacramental que a dicha institución, también, le es propio. La presencia de estos dos tipos de elementos dentro de esta nueva concepción respecto del vínculo conyugal constituye un principio desarticulador de una única realidad: el matrimonio. El contrato y el sacramento se presentan en concurrencia constituyendo el matrimonio¹³⁶, mas son dos realidades de índole diversa que interviniendo en concurrencia constituyen a un único elemento.

Con base en la anterior distinción, se diseña, pues, la tesis con la que se pretende dar respuesta a la interrogante que atañe a la justificación de la potestad legislativa y jurisdiccional de la Iglesia sobre el matrimonio: la Iglesia tiene la potestad de legislar sobre los asuntos atinentes al matrimonio, y puede además, constituir impedimentos matrimoniales y dispensar de ellos, no en virtud del matri-

que mediante el elemento natural se produzca el efecto espiritual por la virtud divina. Síguese de ahí que, como las asociaciones que provienen de los contratos materiales se verifican por mutuo consentimiento, es preciso que de igual modo se efectúe la unión matrimonial" "...en el matrimonio se celebra un contrato entre el varón y la mujer; y en todo contrato deben proferirse palabras mediante las cuales se obliguen los hombres mutuamente...resulta claro que la unión matrimonial se verifica en forma semejante a como se produce la obligación en los contratos materiales. Y, como quiera que éstos no llegan a realizarse mientras los contratantes no se manifiesten el uno al otro su voluntad por medio de palabras, asimismo hace falta expresar verbalmente el consentimiento que es causa del matrimonio...". La misma opinión refiere en la Suma contra gentiles, capítulo LXXVIII "del sacramento de matrimonio": "Ahora bien, la generación humana está ordenada a muchas cosas: a perpetuar la especie, algún bien político...según esto convendrá que dicha generación sea dirigida por diversos agentes...Si es ordena al bien político, entonces está sometida a la ordenación de la ley civil".(edic. bilingüe en dos tomos, T. II, libro 3º y 4º Dios, fin último y gobernador supremo, Misterios divinos y postrimerías. Trad. Dir. y revisada por Fr. Jesús M. Pla Castellano O.P; BAC; Madrid; 1953; pág. 883)

136 GERPE, La potestad, 1970, 18 s.

monio siendo un sacramento, si no por causa de que además éste constituye un contrato. Así pues, lo que la Iglesia legisla y regla no atañe al elemento divino o sacramento, sino exclusivamente al elemento natural y humano que es el contrato matrimonial, que a su vez constituye el fundamento del sacramento¹³⁷.

A partir de esta distinción tendrá lugar una objeción que no cesará de ser repetida hasta lograr su propio cometido. Si la Iglesia legisla y juzga respecto del matrimonio de los cristianos en cuanto es un contrato -y no sobre la realidad sacramental que éste reviste- y si el matrimonio, como se dice, bajo su aspecto de contrato no está solamente en orden del bien de la Iglesia, sino además del Estado, siendo el matrimonio el fundamento sobre el que se asienta la sociedad, entonces, el Estado puede legislar y juzgar sobre el matrimonio en razón de su contractualidad, como lo hace con los otros negocios que se realizan por los contratos. Además de que no porque entre los cristianos el matrimonio es un sacramento con base en un contrato, deja de ser el matrimonio mismo un elemento caracterizado por su esencia natural¹³⁸. Es esa planteada distinción, que dentro del mismo matrimonio se hace entre el contrato y el sacramento¹³⁹, lo que da pie a preguntarse y reflexionar hasta qué punto tiene competencia la autoridad civil sobre el aspecto contractual de una institución a través de la cual se procura establecer la base de la sociedad en general.

Si con los principales escolásticos se planteó el asunto de manera discreta, en el siglo XIV, Duns Escoto, haciendo gala de gran sutileza, expone claramente la tesis del matrimonio contrato-sacramento a través de tres aspectos. Uno es la distinción que resulta entre el contrato y el sacramento y que permite deslindar el uno del otro de manera muy clara, hasta tener certeza de afirmar que el sacramento se nota como algo agregado al contrato. Otro argumento es que el matrimonio no requiere, por ninguna razón, para ser legítimo, la concurrencia del contrato y el sacramento; por último, se expresa abiertamente opuesto a sus predecesores escolásticos en el sentido de que no acepta que sea el consentimiento matrimonial de las partes, bajo la

137 Ibidem; en el mismo sentido opina ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 129: "Desde el siglo XII (época en que se fija la teoría de la formación del matrimonio) hasta el siglo XVI, la opinión casi unánime de teólogos y canonistas es que el contrato y sacramento del matrimonio se identifican de manera adecuada; sólo hay entre ellos distinción de razón, es decir, aspectos diversos. El sacramento es el contrato mismo elevado a la dignidad de rito eficaz de la gracia".

138 GERPE, *La potestad*, 1970, 23s.

139 Sobre el tema de la separabilidad entre contrato y sacramento respecto del matrimonio, puede verse a, HERVADA XIBERTA, Javier; *La inseparabilidad entre contrato y sacramento en el matrimonio*; en *Cuestiones fundamentales sobre Matrimonio y familia*, II simposio internacional de Teología de la Universidad de Navarra; ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1980.

institución divina, el medio único por el cual Dios permita a los cónyuges que recíprocamente se concedan derechos sobre su propio cuerpo y sea esto la causa eficiente del matrimonio. Para dicho autor, el matrimonio participa sin duda alguna de la ley natural claramente ratificada por ley positiva divina. Por esto, lo que realmente da vida al contrato matrimonial es sólo el consentimiento de ambos cónyuges expresado ya sea por ellos, ya por sus representantes¹⁴⁰.

2.2.4 La asimilación del matrimonio al contrato

Como algo de indispensable tratamiento en nuestro itinerario investigativo a los efectos de nuestros objetivos, se presenta la necesidad de mostrar de la mejor manera posible el desarrollo de la idea de que el matrimonio constituye un contrato, pues es en esta época histórica de la que ahora tratamos, y al filo de la formación de la doctrina clásica del matrimonio canónico, cuando esta tesis adquiere vida y carta de naturaleza.

Dentro de la discusión sobre la causa eficiente del matrimonio, la posición consensualista logró tener más éxito que la de la cópula, mas ello se debe sobre todo, como ya dejamos esbozado líneas atrás, a que en este tiempo se verificó el renacimiento del Derecho romano, el cual, como vimos en la sección correspondiente, tenía un sistema de matrimonio en el que tan sólo el consentimiento bastaba para tener por constituido el vínculo.

Pues bien, la influencia romanista no se hizo esperar en los ámbitos intelectuales, ante semejante descubrimiento que representó el *Corpus Iuris*, iniciado en el siglo X y prolongado hasta el XII por obra de los glosadores. Así es que la posición que defendía el consentimiento sobre la cópula tuvo un eco distinto en los ámbitos universitarios donde se estudiaban las posibles soluciones a todos estos asuntos. En el fragor de la disputa entre ambas tesis, salió a relucir lo que constituyó uno de los argumentos de mayor peso para los defensores de la teoría consensual, se trata de la famosa frase de Ulpiano "*nuptias non concubitus sed consensus facit*"¹⁴¹, la cual será todo un refuerzo para los defensores de la tesis consensualista y un duro golpe para los partidarios de la cópula.

Antes de pasar a más, debemos dejar sentado que en lo relativo a la recepción del Derecho romano hay una doble perspectiva. Por un lado, la inserción de la tradición jurídica romana en el ámbito cultural de los nuevos reinos formados a partir de la invasión bárbara, elemento que informará en buena medida el desarrollo legislativo de esos tiempos y sociedades¹⁴². Por otro lado, el auge que la

140 GERPE, La potestad, 1970, 28ss.

legislación romana tiene a partir de los finales del siglo IX y comienzos del X, como consecuencia del descubrimiento de las fuentes justinianeas, que descolará entre los estudios de aquel tiempo e influirá poderosamente en la elaboración del Derecho canónico clásico.

Ni los textos del *Ius Civile*, ni los escritos de los Padres, hacen alusión del matrimonio considerado como un contrato. Los vocablos semánticamente más cercanos a contrato que se usa en los escritos de los Padres son *foedus* o *pactum*. Ciertamente, el uso de la palabra contrato para referirse al matrimonio es fruto de la influencia ejercida por la escuela romanista sobre los canonistas^{143 144}.

Dentro de la evolución de la idea contractual en el matrimonio pueden citarse algunos acontecimientos de ámbito intelectual que revisten alguna importancia.

Así, dejando de lado la antigüedad más remota¹⁴⁵, en las postrimerías del siglo XI aparecen en Francia algunos textos que presentan el matrimonio y la venta como ejemplos de contratos. La *Summa codicis Trescensis* elaborada sobre el código Justiniano y fechada hacia los primeros decenios del siglo XII, hace referencia al matrimonio asignándole la calidad de ser una sociedad¹⁴⁶. Para GAUDEMET¹⁴⁷,

141 Cuerpo del Derecho Civil Romano, 1, III, 1897, 947.

142 GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 168.

143 Ejemplo de ello es el concepto que tomado de Modestino, dá, con ciertos retoques Graciano en sus Decretales, Can. 3, causa XXVII, q. 2 "consensus ergo cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi interveniens, eos coniuges fecit. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso" (Cit. en GLÜCK, Federico; Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia, sotto la direzione di Filippo Serafini, Direttori Pietro Cogliolo e Carlo Fadde, Libro XXIII, tradotto anotado dal prof. Raffaello D'ancona; Società editrice Libreria; Milano; 1898; Pág., 140.).

144 Fue la doctrina del contrato un vehículo de carácter técnico-jurídico a través del cual se impuso el principio consensual, pues la figura del contrato cuadraba de manera perfecta con el espíritu de aquél tiempo: CARRERAS, Las bodas, 1998, 70.

145 LLANO, IC XXVII, 1987, 566, n. 19 expone que la denominación de contrato en relación con el matrimonio aparece probablemente en el siglo VII y se hace común en el siglo XIII.

146 Una exposición sobre la controversia de atribución de la autoría de esta Summa a Irnerio u otros autores en ORESTANO, Riccardo; La struttura giuridica del matrimonio romano dal Diritto clásico al Diritto Giustiniano; A. Giuffrè; Milano; 1951, pág. 30 s. Sin embargo nos interesa destacar de Irnerio su opinión contractual sobre el matrimonio en, Summa Codicis de IRNERIUS, mit einer einleitung herausgegeben von Hermann Fitting; J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung; Berlín; 1894; Liber V.

147 El matrimonio, 1993, 224; en el mismo sentido, CARRERAS, Las bodas, 1998, 70.

esta actitud de catalogación del matrimonio dentro de los negocios contractuales, es el reflejo de un afán de clasificación y sistematización de las figuras jurídicas, justificado quizá por el uso de la terminología clásica, dentro de cuyas expresiones está por ejemplo "contraer matrimonio", aunado ello a la idea que se genera cuando se advierte la presencia del apartado dedicado al matrimonio en el Digesto, a continuación de los contratos, orden mismo que siguieron los escritos canónicos.

Hacia 1160, en el Codicis escrito por Rogerio, se postula la noción distintiva entre contratos personales y contratos reales, incluyendo como ejemplo de los personales al matrimonio y entre los reales a la sociedad. Este hecho tendría su especial repercusión en el desarrollo de la idea expuesta. Estas distinciones pasaron a la Suma Codicis de Placentino, en su libro V, a la Suma de matrimonio de Vacario y a la Suma Aurea de Azón, siendo este último quien procurando acercar la noción de matrimonio a la sociedad, usó por vez primera la expresión "*societas coniugal*"¹⁴⁸.

En la obra de Graciano se pueden apreciar algunos acercamientos a la idea contractual del matrimonio. Utiliza la palabra "*pactio*" para referirse al matrimonio; en lo relativo a los asuntos que plantean los vicios del consentimiento matrimonial utiliza las soluciones dadas por los textos de Justiniano, en su apartado relativo a la venta. Pero si el uso del vocablo contrato aún era poco frecuente en este siglo -XII-, en el siguiente logra ser incorporado definitivamente en el lenguaje matrimonial eclesiástico. En consecuencia, la calificación del matrimonio como un contrato aparece en las concepciones expuestas, por el Ostiense para quien era un contrato consensual; por Inocencio III y Gregorio IX. Por lo que respecta a los grandes maestros teólogos y filósofos del siglo XIII, la aceptación de la concepción contractualista del matrimonio es un hecho patente en sus obras¹⁴⁹.

Nuevamente es Duns Escoto quien pone mayor claridad en el asunto. A partir de la doctrina anterior elabora su posición. Para este autor el matrimonio es un contrato. Determina que el objeto de ese contrato viene dado por el *ius ad corpus*, el derecho de cada uno de los cónyuges al cuerpo del otro en razón de la naturaleza y de los fines de la institución familiar, que son la procreación y la educación de los hijos habidos¹⁵⁰.

148 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 224.

149 Idem, 223 ss.

150 SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 265.

Con esta discusión superada, se cierra el círculo de la tesis clásica del matrimonio que rigió en su integridad por mucho tiempo en occidente. De esta forma se diseñó una tesis que constituye una reflexión desde la teología, a través de la cual se inserta la realidad matrimonial en una figura jurídico canónica, ubicándola en un terreno eminentemente jurídico¹⁵¹.

2.2.5 Síntesis

Conjugando las ideas expuestas, podemos decir que la asociación de la idea del matrimonio a los contratos no es un simple acoplamiento de una estructura conceptual en otra, sino que es el resultado de toda una asimilación razonada, llevada a cabo por el Derecho de la Iglesia, de los conceptos básicos en materia de consentimiento aportados por el Derecho romano. La misma teología participa del ideal propuesto, lo que se demuestra en las palabras de Santo Tomás, a través de las cuales describe al matrimonio como una obligación, como un contrato a través del cual se manifiesta la unión de Cristo y la Iglesia. A esto aunamos la significación de la palabra *sacramentum* en el latín clásico y vulgar, que según lo expuesto por SCHILLEBEECKX¹⁵², se refiere a las obligaciones que son de carácter indisoluble, y en latín vulgar, denota un compromiso de sentido religioso; juramento y lazo jurídico y sagrado nacido de las obligaciones generadas por el juramento. Así tendremos todo un entramado de ideas que conducen a formarse la idea de que en el matrimonio existe una realidad contractual por razón de su elemento constitutivo, de su contenido y de su resultado: el matrimonio es así, un compromiso que se adquiere a través de la expresión de una voluntad libre que lo genera al igual que todos los demás contratos, sobre cuya base se asienta el sacramento que simboliza la unión de Cristo y la Iglesia.

2.3 La edad moderna y la revolución francesa en la historia del matrimonio

La dualidad contrato-sacramento actuando en el seno de la institución matrimonial, como explicación de la potestad de la Iglesia sobre todo lo atinente al matrimonio, resulta una discusión que no ha dado un fruto bueno para los intereses eclesiásticos¹⁵³.

151 Idem 264 s.

152 El matrimonio, 1970, 249 s.

153 Por esto dice CARRERAS, Las bodas, 1998, 76, que el matrimonio contrato es un espejismo, una doctrina parasitaria del principio consensual y de la dimensión interpersonal de la familia.

Ya desde muy temprana época, el poder estatal tuvo algunos visos de querer despojar a la Iglesia su jurisdicción sobre los asuntos relativos al matrimonio, entre otros puede citarse como ejemplo, la controversia suscitada por el emperador Luis el Bávaro quien invocando el poder secular sobre el matrimonio declara disuelto el matrimonio entre Margarita de Tirol con Juan de Bohemia en el año de 1341. En esta ocasión dicha posición tuvo el respaldo de dos ilustres personajes, Guillermo de Ockam y Marsilio de Padua, el primero en su *Tractatus de iurisdictione imperatoris in causis matrimonialibus*, el segundo en una *consultatio*. En dichos escritos, los susodichos autores, reivindican para el poder secular la potestad de juzgar en cuestiones matrimoniales. No obstante que la actitud antes señalada, que se traduce en un desafío al enorme poder de la Iglesia, provocase revuelo social, su contenido propiamente dicho no tuvo eco en las doctrinas ni canónicas ni teológicas del tiempo. Así pues, la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio resulta en estos finales de la edad media, un hecho incontrovertido e incuestionable¹⁵⁴.

No será sino hasta que en el siglo XVI se verifica el cisma de la Iglesia de occidente cuando la imprudente tesis del matrimonio- contrato, acuñada en el seno de la doctrina eclesiástica, constituirá un eficaz fundamento útil para los reformadores a los efectos de atacar el derecho que en manera absoluta la Iglesia había conquistado a golpe de legislar y juzgar en dicha materia.

2.3.1 Los reformistas

Pese a que los dirigentes de la reforma protestante afirmaban tener en alta estima al matrimonio y el estado que el mismo genera, mostrándose totalmente en desacuerdo contra los que, en su opinión, lo denigraban al poner la virginidad y la continencia por encima de él, no por ello dejan de atacar su carácter sacramental; es la negación de esta realidad su más recurrente argumento. Por ello, y apoyándose en la autoridad de los maestros escolásticos que enseñaron que en el matrimonio hay un contrato civil, reclaman para el poder civil la jurisdicción que sobre el matrimonio está aún en manos de la Iglesia¹⁵⁵.

154 Cfr. GERPE, La potestad, 1970, 31 s; CONTRERAS, Pedro Pablo de; Constitución democrática y pluralismo matrimonial (el nuevo sistema matrimonial español); ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona, 1985; CARRERAS, Las bodas, 1998, 92 (n.99).

155 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 118 ss. BELLINI, Alberto; "Il matrimonio nel protestantesimo" en, Enciclopedia del Matrimonio, a cura di Tullo Goffi, 3ª edic. riveduta ed ampliata; Queriniana; Brescia; 1968; págs. 415-445.

Los principales incitadores de la reforma protestante adoptaron una posición abiertamente contraria a considerar el matrimonio como un sacramento. Tanto Lutero¹⁵⁶ como Calvino lo asimilaban a un elemento tan ordinario como el comer, la vivienda o la propiedad¹⁵⁷. Por esto, se puede decir que la consideración del movimiento protestante sobre el matrimonio, constituye el primer paso hacia su secularización en el mundo occidental¹⁵⁸.

La raíz de estas conclusiones puede encontrarse en enseñanzas postuladas por las herejías valdenses y husitas. Los primeros negaron a la Iglesia la potestad para constituir impedimentos dirimentes, los segundos se mostraron hostiles al sacramento del matrimonio o cuando menos a la bendición del sacerdote¹⁵⁹. No obstante, el origen inmediato de la doctrina matrimonial de la reforma se encuentra en la teoría luterana del pecado y la concupiscencia. Para Lutero las dos cosas se identifican de tal manera que terminan siendo lo mismo. Si en el matrimonio el placer sexual adquiere un sentido natural y permitido por la ley de Dios, según la versión de la Iglesia, entonces hay una evidente contradicción y, en consecuencia, no puede ser permitido el pecado a partir de un sacramento. Bajo esta perspectiva de análisis el sacramento del matrimonio no merece más la consideración de tal, y no sólo deja de ser un sacramento, sino que se le desviste de todo ropaje sagrado para convertirse, según la tesis expuesta, en un simple y normal contrato¹⁶⁰.

La controversia religiosa en este apartado correspondiente al matrimonio por parte de la Iglesia, se cierra con la afirmación sacramental del matrimonio a través de la definición que del matrimonio da el Concilio de Trento, en su sesión VII de 3 de marzo de 1547, consagrada a los sacramentos de la nueva ley, en un documento de doce puntos, destacándolo como uno de los siete sacramentos¹⁶¹.

156 Para mayor abundamiento sobre la doctrina de este autor V. GARCÍA-VILLOSLADA; Ricardo; Martín Lutero, Vol. I, El fraile hambriento de Dios; BAC; Madrid; 1973; HATTENHAUER, Hans; Conceptos fundamentales del Derecho Civil, traducción de Gonzalo Hernández; Editorial Ariel S.A; Barcelona; 1987; pág. 135 s; TEJERO, Eloy; El matrimonio Misterio y signo siglos XIV-XVI; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1971; pág. 223-227.

157 GOODY, Jack; La evolución de la familia y del matrimonio en Europa; Herder; Barcelona; 1986, pág. 228s.

158 NAVARRETE, Urbano, S.I; "Matrimonio y culturas: hacia el matrimonio occidental moderno"; REDCAN Vol. 51, julio -diciembre 1994; pág. 470.

159 Una exposición detallada de las doctrinas de estas herejías, en: GOODY, La evolución de la familia, 1986, 215-221.

160 GERPE, La potestad, 1970, 65-69; ALVAREZ CAPEROCHIPI, Curso I, 1987, 50 ss.

161 ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 124.

y ciñéndole una forma *ad validitatem*, en la sesión XXIV, a través del Decreto *Tametsi*¹⁶², por cuya virtud dejó de ser un contrato consensual para convertirse en uno formal¹⁶³.

2.3.2 Los regalistas

Cuando se proclamó públicamente la oposición religiosa a la sacramentalidad del matrimonio por parte de los protestantes, haciendo eco de tales enseñanzas, la doctrina de algunos teólogos y canonistas pretendió hacer notar una supuesta ilegitimidad del goce efectivo por parte de la Iglesia de una potestad absoluta sobre la institución matrimonial, mostrándose a favor de que dicha potestad pasase al poder estatal. De manera general, su postulado principal constituye una "*fórmula de compromiso*" entre las disposiciones conciliares de Trento y las tesis protestantes¹⁶⁴.

2.3.2.1 Orígenes de la tesis regalista

El origen de esta enseñanza ha de buscarse en la tan mencionada escisión conceptual que los autores escolásticos, los del siglo XIV en especial, realizaron del matrimonio entre contrato y sacramento. Porque cuando esta distinción se hubo afianzado, se podría decir que, se produjo un repliegue del elemento religioso del matrimonio hacia el sacramento, de tal manera que el contrato, como segundo componente del mismo se vio desplazado de la participación sacra; así pues, el contrato de matrimonio dejó de ser tenido como continente de consideración religiosa y se le tuvo en cuenta sólo en cuanto parte integrante del sacramento.

Melchor Cano¹⁶⁵, autor que puede citarse como uno de los prohombres de esta tesis, expone dos ideas que influyen en la acuñación de la misma¹⁶⁶:

- Lo que constituye la forma del sacramento matrimonial son las palabras que conforme a la liturgia pronuncia el sacerdote, siendo en consecuencia éste el auténtico ministro de dicho sacramento.

162 CHELODI, El derecho matrimonial, 1959, 242.

163 FORNÉS, Derecho matrimonial, 1997, 97.

164 NAVARRO VALLS, Rafael (et al); "El matrimonio religioso ante el Derecho español"; en Derecho Eclesiástico del Estado español, 2ª edic.; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1983; pág. 407.

165 V. a mayor abundamiento: ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 130; JEMOLO, Arturo Carlo; Il matrimonio nel diritto canonico, dal concilio di trento al Codice del 1917; Società editrice il mulino; 1993; pág. 69 ss.

166 Sobre la siguientes ideas V. GERPE, La potestad, 1970, 73.

- Si del contrato matrimonial se escinde la participación activa del sacerdote, ministro del sacramento, entonces ese matrimonio sólo es un contrato de orden civil puro y simple.

Resulta muy significativa la influencia que estas afirmaciones tienen para la conformación del regalismo, pues si se aprecia con detenimiento las dos afirmaciones fundamentales antes reseñadas, encontraremos en ellas las nociones básicas de dicho sistema. Al expresar que la forma del sacramento de matrimonio está en la actuación del ministro sacerdote que en dicha ceremonia interviene para bendecir la unión, excluye de la sacramentalidad a los matrimonios clandestinos, es decir que buena parte de los matrimonios existentes en aquellos días no se debían considerar como sacramentos. Su unión pervive por virtud de un contrato que se ha pactado entre los cónyuges, siendo cosa puramente secular: en ello va la separación de ese contrato, título por el que viven como un matrimonio, y el sacramento, que no se ha realizado por faltar la forma. En cuanto a la segunda tesis, si en el sacramento la forma juega un papel esencial, entonces, los matrimonios en los que no ha intervenido el sacerdote, ministro del mismo, son uniones ajenas al sacramento, son sólo contratos, pues la bendición sacerdotal es lo que legitima el matrimonio para ser un sacramento. El contrato solamente aporta la materia sobre la que se erige el sacramento.

Desde otra perspectiva, ya en 1516 Erasmo¹⁶⁷ en sus *Annotationes Novi Testamenti*, lanzó un ataque contra el matrimonio concebido como sacramento, mas esta tendencia continuaría desarrollándose en su obra "de la institución del matrimonio cristiano", escrita diez años más tarde,¹⁶⁸.

Con tales ideas, nos encontramos en terreno no lejano de la afirmación rotunda del regalismo: al matrimonio en cuanto contrato le corresponde ser normado y regido por la autoridad civil.

Pero además de estas ideas también contribuyó a la aparición de semejante doctrina la enseñanza matrimonial anti sacramental que acuñaron los

¹⁶⁷ Su crítica contra la consideración sacramental del matrimonio se aprecia a partir de tres aspectos. El primero de carácter histórico, puesto que la consideración del matrimonio como sacramento no fue conocida por la patrística, constituyendo algo de reciente aparición. El segundo elemento crítico reside en la interpretación de la Palabra Revelada, precisamente a partir del texto paulino de Ef. 5,33; en el que no se alude a la idea del matrimonio sino más bien a la unión de Cristo y la Iglesia. La tercera objeción de Erasmo se centra en el aspecto sistemático dado al matrimonio, en el cual pese al rigor que implica la indisolubilidad, se presenta junto a ello, una cierta permisividad; anulando de paso la autoridad paterna en materia matrimonial: ALVAREZ CAPEROCHIPI, Curso I, 1987, 47 ss.

¹⁶⁸ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 315 s, 353.

reformistas, propugnando que la potestad sobre el matrimonio debería estar bajo regulación estatal.

Ya en el plano político, también se puede señalar como idea conformadora del sistema en cuestión, el esfuerzo del poder secular por despojar a la Iglesia del poder adquirido en la Edad Media, objetivo con el que pretendió centralizar bajo su dominio la totalidad de facultades reguladoras para así acrecentar su poder¹⁶⁹.

2.3.2.2 Desarrollos de la doctrina

2.3.2.2.1 Doctrina pro estatalista

En la península itálica, hacia los primeros decenios del siglo XVI¹⁷⁰, se propone un sistema sobre la potestad que debe regir el matrimonio, que en su esencia pretende ser un híbrido entre la doctrina enseñada por los protestantes y los postulados tridentinos, siempre haciendo recaer una importancia mayúscula sobre la distinción contrato y sacramento. Esta tesis sostiene que el matrimonio es un sacramento a la vez que un contrato de carácter natural y político; en consecuencia, la Iglesia tiene jurisdicción sobre el sacramento y al Estado corresponde su regulación en razón de ser un contrato civil. Se dice además que el contrato y el sacramento son realidades que perfectamente se pueden deslindar la una de la otra.

Finalmente, separa las actividades que siendo propias del matrimonio corresponden tanto al Estado como a la potestad eclesiástica, asignándole a esta última tan sólo la ordenación de las ceremonias litúrgicas de que se reviste la iniciación del vínculo y al Estado la regulación total de lo que es ínsito al contrato nupcial, ello abarca lo relativo a los impedimentos matrimoniales y su dispensa, la forma de contracción y el enjuiciamiento de las causas surgidas en ocasión del vínculo mismo.

Este sistema es presentado de una forma sistemática por Marco A. de Dominis¹⁷¹. Expone este autor en su obra *De republica christiana contra primatum Papae*, publi-

169 GERPE, La potestad, 1970, 69-76.

170 V. para mayor abundamiento en las tesis de los autores de los siglos XVI y XVII: MOSTAZA RODRÍGUEZ, A; La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio en los autores de los siglos XVI-XVII; separata de Estudios, 1: Lex Ecclesiae, Salamanca, 1972.

171 Sujeto que según GERPE, La potestad, 1970, 69, tuvo una vida caracterizada por la contradicción y la inestabilidad, siendo jesuita, arzobispo de Spalato, Primado de la región de Dalmacia, apóstata anglicano, reconvertido bajo el pontificado de Gregorio XV, falleciendo encarcelado en el castillo de San Angelo acusado de nueva connivencia con los protestantes.

cada entre 1617 y 1622, que a pesar de constituir el matrimonio un sacramento, la regulación de lo que es atinente al contrato civil es actividad propiamente legítima del príncipe, porque es un contrato natural, humano y civil que no tiene nada de espiritual ni de sobrenatural¹⁷².

Este tipo de ideas satisfizo enormemente a los galicanos de Francia, quienes se encargaron de hacer encajar en la realidad de algún caso dichas tesis, así por ejemplo, cuando Luis XIII declaró nulo el matrimonio que había contraído su hermano Gastón de Orleáns con Margarita de Lorena, la incidencia de las tesis regalistas llevaron a la asamblea del clero, de 1635, a legitimar y justificar la decisión real de invalidar el vínculo contraído entre los mencionados sujetos¹⁷³.

Otro autor de esta corriente es Jean Launoy. Su exposición parte de la idea de que el contrato y el sacramento en el matrimonio son cuestiones absolutamente separables. Establece que en la bendición del sacerdote reside la esencia del sacramento que a su vez presupone ya al contrato; no obstante, el contrato puede realizarse sin la concurrencia del sacramento porque es un contrato igual a cualquiera otro contrato que puede verificar una persona. Por tal razón corresponde al Estado, de manera exclusiva, la regulación de los impedimentos dirimentes y su dispensa¹⁷⁴. Cercano seguidor de este autor es el belga Van Espen¹⁷⁵, quien desarrolla con mayor profundidad dicha tesis. En su obra *Ius ecclesiasticum universum* se expone que en el matrimonio, el contrato, que sirve de base al sacramento en su regulación, era competencia exclusiva del poder secular y que dicho aspecto contractual prevalecía sobre el sacramental¹⁷⁶.

Tal y como puede apreciarse, es una constante en los defensores de la potestad exclusiva del Estado sobre el matrimonio, el recurrir a la antigua distinción de contrato- sacramento.

A partir de estos ideales se conforman derivaciones que, tendiendo siempre a hacer partícipe al Estado en la regulación y juzgamiento de las causas matrimoniales, exponemos enseguida.

172 RAVÁ, Adolfo, *Lezioni di diritto civile*, 1935, 62.

173 GERPE, La potestad, 1970, 70.

174 GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 370.

175 Una detallada exposición de su doctrina en CARRIÓN OLMOS, *Historia*, 1977, 21-29.

176 GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 366-370; tamb. GONZÁLEZ DEL VALLE, José M; "El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma", ADC Enero- Marzo 1978; pág. 75ss.

2.3.2.2.2 Doctrina de la doble potestad eclesiástica y civil en el contrato matrimonial (Cumulativa)

Si en la antes expuesta teoría ni tan siquiera se admitía la existencia del sacramento del matrimonio, y se remitía la incidencia de la Iglesia sobre el matrimonio sólo al aspecto sacramental, los defensores de esta idea proclaman que, con relación al contrato por el que se contrae el vínculo conyugal, tanto la jurisdicción eclesiástica como la civil tienen cabida; en consecuencia ambos poderes están en la capacidad legítima de establecer impedimentos.

Asiéntase dicho postulado en la idea de que tanto el matrimonio de los bautizados como el de los infieles posee de suyo un carácter civil y, consecuentemente, al Estado le corresponde su regulación y el enjuiciamiento de las causas nacidas en ocasión suya; pero ese matrimonio, cuando se eleva a la dignidad de sacramento, entonces, por esa precisa razón, a la potestad eclesiástica también le corresponde la determinación de las normas propias y el juzgamiento de las controversias que en él se generan. Autores como Pedro de Soto y Vitoria, son artífices de estas ideas¹⁷⁷.

Así la obra de Pierre de Marca, arzobispo de notoria raíz galicana de Toulouse, en su *de concordia sacerdotii et imperii*, que escribió en 1641, antes de recibir las órdenes sagradas. Intento éste, similar al que llevara a cabo Gerbais en *Traité pacifique du pouvoir de l'église et des princes sur les empêchements de mariage* (1690). Según esta obra la Iglesia legislaba por razón del contrato. Si una de esas leyes dejaba de observarse, la nulidad repercutiría tanto en el contrato como en el sacramento. Lo que implicaba reconocer a favor del Estado un poder sobre el sacramento y a la Iglesia un poder sobre el contrato¹⁷⁸. Se dice que esta tesis tiene su razón de ser en la necesidad del Estado de justificar, con el apoyo eclesiástico, su abierta rebeldía contra la potestad única de la Iglesia¹⁷⁹.

Las ideas expuestas por Launoy fueron aceptadas vigorosamente en el decenio que abarca los años 1750-1760 por Le Ridant en su *Examen de deux questions importantes sur le mariage concernant la puissance civile* (1753), y por Lorry, catedrático de Derecho en París, en sus *Recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement* (1760). Para Lorry entre el contrato y el sacramento existía un nexo indisoluble. El contrato es anterior. Existía entre los infieles. El contrato tiene su origen en la voluntad de los contrayentes; su consenso es la materia del contrato. A partir de estas premisas se deduce que los cónyuges por el otorgamiento de

¹⁷⁷ GERPE, La potestad, 1970, 79 ss. V. tamb. ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 226.

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, 31 s.

sus voluntades daban nacimiento al vínculo matrimonial, siendo pues, ministros de dicho sacramento; por su parte, al sacerdote se le asignaba la misión de custodiar la forma y la sustancia del sacramento, es así, el sacerdote una especie de ministro del dicho sacramento¹⁸⁰.

2.3.2.3 Aspectos legislativos de la evolución del regalismo

La afirmación central de la tesis protestante sobre el matrimonio constituye un pretexto de índole religiosa para que el Estado reclame para sí el ejercicio jurisdiccional exclusivo sobre el establecimiento del vínculo conyugal de sus súbditos. Este impulso se nota en la evolución histórica legislativa de los acontecimientos relativos a la materia estudiada, protagonizada especialmente en los países en los que la reforma no tuvo eco, pues en los que los ideales protestantes triunfaron, los dirigentes de dicho movimiento religioso habiendo ocupado el lugar de la Iglesia desplazada por ellos, entregaron a manos del poder secular la totalidad de la jurisdicción matrimonial.

En los mencionados países de raíz católica, de una forma paulatina el poder estatal fue arrogándose facultades y derechos sobre la potestad de legislar y juzgar sobre el matrimonio. No obstante, esta circunstancia no representó, en un primer momento, injerencia estatal en materia del vínculo mismo.

Ejemplo de tal situación lo constituye Francia¹⁸¹ y su legislación durante el *ancien régime*, que, a través de una serie de disposiciones emanadas del poder regio, las cuales poseían una naturaleza represiva, sin llegar a afectar la validez del vínculo, desembocó en la integración de una legislación de carácter mixto, en el que la legislación principal es la canónica, complementada por las disposiciones reales.

Así, en febrero de 1556, Enrique II emitió un edicto afectando a los matrimonios celebrados de forma clandestina, exigiendo la prestación del consentimiento paterno para la realización del matrimonio de los hijos varones hasta los treinta años y para las mujeres hasta los veinticinco. Prescribía además, la prevalencia de la voluntad del padre cuando surgiese una situación de desacuerdo y, una vez superada la edad prescrita para los hijos, exhortaba a los padres a incidir de manera respetuosa en la toma de decisión sobre el matrimonio¹⁸².

180 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 372.

181 Según la doctrina mayoritaria, en este país se inició el proceso secularizador: CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, 9 s.

182 POTHIER, Tratado, 1846, 157 s; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 355.

La ordenanza de Blois, de 1579, constituye un complejo extenso de regulaciones en materia matrimonial. Afectaba las cuestiones relativas a las amonestaciones previas a la boda, siendo más rigurosas que las estipulaciones tridentinas, obligaba a la realización de tres amonestaciones, las cuales a su vez eran tenidas como condición de validez del matrimonio, aunque como ya se dijo, no determinaba como consecuencia la nulidad del matrimonio; exigía además que fuese celebrado el matrimonio por el párroco con la concurrencia de cuatro testigos; consideraba como rapto el matrimonio de los hijos menores de edad, para cuya realización, no hubiesen contado con el consentimiento de los padres¹⁸³.

Un edicto de diciembre de 1606, pese a que consideraba legítimo el ejercicio jurisdiccional a los tribunales eclesiásticos, les obligaba a aplicar con severidad todo lo dispuesto por la ordenanza de Blois, de esta manera los jueces eclesiásticos pasaban a integrar las filas de los funcionarios Estatales vigilantes del cumplimiento de la legislación seglar¹⁸⁴.

Se obligó, a partir del texto de una ordenanza de enero de 1629, a que la celebración del matrimonio fuese celebrado ante el párroco de la misma localidad de los nupciales, bajo la amenaza de incurrir en multa el sacerdote que contraviniese dicha disposición. Además, la inobservancia de esta estipulación hacía devenir al matrimonio inválidamente contraído. Esto último despertó sospechas del clero en cuanto a la consideración de que sólo la Iglesia podía declarar inválido el vínculo, ante lo cual, a través del "estudio del caso" llevado a cabo por una comisión nombrada por el Rey, se determinó que la invalidez a que se aludía en el texto de la ordenanza, era relativa al contrato civil, por la facultad que en tales asuntos compete al Estado. Esta ordenanza no se aplicó nunca¹⁸⁵.

Pero las cosas fueron a más, el Estado buscó la manera de hacer una sutil incursión en el manejo de los instrumentos por los cuales poder declarar inválidos los matrimonios. Este fue el caso que se presentó en 1630; se trata del debate suscitado con ocasión de la boda secreta de Gastón de Orleáns, quien era hermano de Luis XIII, con Margarita de Lorena, hija del duque de Lorena; dicha boda fue anulada por petición del Rey al parlamento. Lógicamente que semejante acontecimiento provocó la protesta del Papa Urbano VIII, el Rey solicitó el consejo de la asamblea del clero, la cual, reunida cinco años más tarde, plegándose a los intereses estatales, y con el apoyo de teólogos de reconocido prestigio, dio la

183 GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 356; POTHIER, *Tratado*, 1846, 157 s; COLIN/CAPITANT, *Curso I, Introducción*, 1975, 332.

184 POTHIER, *Tratado*, 1846, 157 s; GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 358.

185 GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 358.

razón a la actuación parlamentaria aduciendo como principal argumento la distinción que en el matrimonio hay entre el contrato y el sacramento¹⁸⁶.

A causa de las continuas protestas del Papa, el estratega Richelieu adujo que no es lo mismo anular que declarar la no validez del matrimonio. En su razonamiento expresaba que si los tribunales de la Iglesia tenían la potestad de declarar la disolución por nulidad, afectando con ello al sacramento, en cambio, el parlamento sólo declara que un matrimonio no ha sido válidamente contraído en relación con el contrato¹⁸⁷.

2.3.2.4 El aspecto doctrinal jurídico¹⁸⁸

En lo relativo al desarrollo del fenómeno por el que el Estado arrebató a la Iglesia la exclusiva potestad sobre el matrimonio, hay un apartado dedicado a la aportación que al dicho fenómeno realizó la doctrina jurídica. Dentro de ese ámbito merecen ser destacadas las ideas propuestas por Pothier en su *"Tratado del contrato de matrimonio"* cuya publicación data de 1771.

En dicha obra, el autor expone la idea de que el matrimonio se constituye en sacramento sólo a partir del contrato que le sirve de base, por ello el Estado tiene por derecho propio la capacidad y la legitimidad de su regulación¹⁸⁹; defiende además tan acérrimamente la potestad civil que pese a reconocer que el matrimonio constituye un sacramento, después que dedica el capítulo II, artículo I de su obra, a mostrar la existencia de *"diferentes especies de matrimonios que podían*

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Idem, 366.

¹⁸⁸ Se caracteriza especialmente por la incidencia de los ideales ilustrados sobre el iusnaturalismo jurídico. Así pues, la idea del contrato como categoría general del Derecho privado influyó incluso al Derecho público, como una "afirmación y defensa de los derechos naturales del hombre y del ciudadano frente al Estado", ubicando al principio *"pacta sunt servanda"* como base del nuevo derecho de gentes. Además, tales teorías inspiraron en gran manera la creación jurídica de los siglos XVII y XVIII: BALDASSARI, A; "Il contratto nel diritto intermedio fino alla codificazione vigente" en *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. Autonomia privata-classificazione; Unione tipografica editrice Torinese; Torino; 2000; pág. 34.

¹⁸⁹ V. a este respecto, CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, p. 32. Quien destaca a Pothier como el más brillante de los juristas galicanos, opinión que secundamos con las mismas palabras de dicho autor: "hay dos cosas en el matrimonio, el contrato civil entre el hombre y la mujer que lo celebran y el sacramento añadido a este contrato, y del cual es materia y base el contrato civil... el matrimonio en cuanto a sacramento es una cosa espiritual no sujeta por lo mismo a la autoridad civil..." (POTHIER, Tratado, 1846, 13) V. tamb. GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 375ss. En esta cita de Pothier resulta notoria la influencia de la doctrina del contrato social propugnada por Rousseau sobre la familia, que se expresa claramente en el capítulo II de El contrato social (pág. 26 s. De El contrato social, edicomunicación S.A; Barcelona 1998),

contraer los ciudadanos romanos", en el artículo II esgrime con rotundidad que los impedimentos establecidos en la ley eclesiástica "*por sí solos y por sí mismos no podrán afectar más que al sacramento, y de ninguna manera al contrato civil*"¹⁹⁰.

Al igual que en casi todas las instituciones civiles, la aportación de la escuela del Derecho natural en el campo matrimonial es digna de ser destacada a los efectos de su planteamiento como contrato. Los autores de estas doctrinas entendieron el matrimonio a partir de las explicaciones de los romanistas, canonistas y teólogos, es decir lo tuvieron siempre como un contrato. Ejemplo de ello son las obras de Grocio¹⁹¹, Thomasius¹⁹², Wolf, Heinecio¹⁹³ y Pufendorf¹⁹⁴ quienes así lo reflejan en sus escritos.

con cuyo hecho se refuerza la idea de estrecha vinculación entre la doctrina matrimonial de los filósofos ilustrados y los juristas del Derecho Natural, en este sentido V. BONNECASE, Julien; *La filosofía del código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, traducción de José M. Cajica Jr., editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1945; pág. 168s. También se destaca la influencia de la filosofía de Hobbes, lo cual se deduce de las ideas que informan la cita de Pothier: si el Estado, para él, constituye un producto de la voluntad de los miembros de la sociedad y ésta es la que le transfiere al soberano la facultad de ejercitar el poder superior, entonces ya la autoridad real no era otorgada por Dios, por lo cual ese mismo principio debe ser aplicado también en materia matrimonial y consecuentemente el poder civil tiene por derecho propio la facultad legislativa y jurisdiccional. (en este sentido V. HATTENHAUER, *Conceptos*, 1987, 137).

190 POTHIER, Tratado, 1846, 8-17.

191 "El derecho sobre las personas que procede del consentimiento, o viene de la asociación o de la sujeción. La máxima asociación natural está en el matrimonio": *Del Derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, T. II, capítulos IV-XVI del libro segundo; Reus; Madrid; 1925; cap. V, VIII, 1,2; pág. 30 s.

192 V. *Institutiones Jurisprudentiae divinae*; Scientia Verlag Aalen; 1963, Liber III "fundamenta Juris naturalis"; Caput II "De officio hominis intuitu societatis conjugal"

193 "El matrimonio es una sociedad lícita, y la más sencilla de todas": *Elementos de Derecho Natural y de gentes de Heinecio*, corregidos y aumentados por Mariano Lucas Garrido a los que añadió los de filosofía moral del mismo autor y traducidos al castellano por el bachiller en leyes D. J.A. Ojea, T II; Imprenta de Verges; Madrid; 1837; capítulo II: "de los deberes que se deben observar en la sociedad conyugal" § XXV; p. 23; V. tamb. Título X "de las nupcias" en *Recitaciones de Derecho civil de Juan Heinecio*, traducción al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante, 3ª edic. T I. Impresora de Cabrerizo; Valencia; 1841; pág. 183: "En cuanto a la definición de las nupcias, de distinta manera la definen los doctores del Derecho natural, del canónico, del civil y del protestante. Derecho natural, unión de varón y de hembra dirigida a procrear hijos. Por derecho canónico las nupcias son un sacramento propio de los legos, por el cual el varón y la mujer se unen según los preceptos de la Iglesia; llaman a las nupcias sacramento, pues sabido es que los católicos establecen siete sacramentos entre los cuales cuentan al matrimonio... Por Derecho civil son las nupcias unión del varón y la hembra, consorcio de toda la vida y comunicación del Derecho divino y humano..."

En el seno de la ciencia romanista se presentó, a partir del siglo XVIII, una resistencia a seguir concibiendo el matrimonio como un contrato y que se dijera que el matrimonio era un contrato en razón de la tradición devenida de Roma, expresada en los textos del Corpus. Así pues, se levantaron voces contrarias a la tesis contractual del matrimonio entre los que sobresalieron en este caso Heinecio y Glück¹⁹⁵. Este último recordaba que los juristas romanos nunca habían considerado el matrimonio como contrato, que ello fue una inclusión que realizó la doctrina medieval. Y que si bien esta opinión era generalmente aceptada, la misma no resistía un análisis riguroso. En Roma, el matrimonio no creaba una obligación, a diferencia de los contratos. Y, en fin, los deberes morales que engendraba dicha institución, no podían ser reducidos a obligaciones jurídicas de derecho contractual¹⁹⁶.

2.3.3 Hacia un matrimonio de carácter meramente civil

En los últimos decenios del siglo decimoctavo después de Jesucristo, seriamente cuestionada la tesis sacramental del matrimonio y siendo el poder estatal el principal promotor de un cambio de concepción sobre la legitimad que asistía a la Iglesia, respecto de la jurisdicción y la legislación matrimonial; es decir, pretendiendo medrar en cuanto a poder, a costa del despojo de dichas facultades eclesiásticas, se procuraba presentar al matrimonio como si fuese un simple contrato. Concepción que ha sido el fruto del lento y largo proceso que hemos descrito páginas atrás, cuyo triunfo definitivo constituyó uno de los productos mejor logrados del desorden provocado con ocasión de la revolución francesa, como se verá inmediatamente.

No obstante, la opinión contraria al poder eclesiástico en materia matrimonial hacía ya tiempo que había conseguido sus primeras victorias en los países en que triunfó el sectarismo protestante. Precisamente en Holanda y Frisia occidental, cuando a partir del 1 de abril de 1580 se impuso como obligatorio para todos los ciudadanos el matrimonio civil; ejemplo que en 1637 Cromwel quiso imponer en el Reino Unido¹⁹⁷.

194 V. cap. I, libro VI, § XX "Nec minus acriter difceptatur haec quaestio, an iure naturali matrimonium fit societas solubilis, adeoque an eodem iure divortia fiant licita?"; cap. I, § IIX "Quosque Circa matrimonium lex civilis disponere possit" in, PUFENDORF, Samuel L.B.A.; "De iure naturae et gentium" libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii, Atque Io. Barbeyraci, T. II, liber sextus; Ex officina Knochio-eslegeriana; Francofurti et Lipsiae; MDCCLIX; pag. 37, 15 et posterus.

195 Cfr. ORESTANO, La struttura giuridica, 1951, 45 ss.

196 GLÜCK, Commentario, XXIII, 1898, 143.

197 CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, 7; DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de; El matrimonio como contrato civil; separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Febrero de 1976; REUS S.A.; 1976. Tamb. RGLJ, T. LXXII, 1976.

Siempre en Francia, el despojo sufrido por la Iglesia de sus facultades sobre el matrimonio de los cristianos no solamente constituyó una reacción más que manifestaba la adversa consideración hacia el poder eclesiástico, sino que fue además la cristalización de unos ideales que latían en la mente de los detentadores del poder secular, de los galicanos y teólogos regalistas que desde hacía ya tiempo buscaban la manera de dar el golpe mortal a la jurisdicción eclesiástica a favor del poder estatal.

En tal contexto, el 12 de agosto de 1789, la constituyente creó un comité eclesiástico para que estableciese una normativa sobre el estado de las personas y, el 20 del mismo mes y año, se integró, con la participación de quince personas nombradas al efecto, una comisión, la cual previamente había propugnado por que se dejase en manos del Estado lo relativo al matrimonio. La Iglesia a través de los miembros del clero declinaron su participación en las discusiones de dicha comisión¹⁹⁸.

En las discusiones sobre el tema aparecieron muy vivas y creíbles las tesis sostenidas por los autores galicanos, las cuales definitivamente inspiraron la solución final acordada y votada en la elaboración de la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791, en la cual se consideró que el matrimonio sólo es un contrato civil¹⁹⁹.

Como un contrato más, asimilado a la venta y al arrendamiento²⁰⁰, aparecerá en los textos constitucionales franceses²⁰¹, así será proclamado por el Código de Napoleón²⁰² trece años después, y bajo esa identidad²⁰³ pasará a la mayoría de

198 GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 434 s.

199 DE FUENMAYOR, IC III, 1963, 276 ss; PLANIOL/RIPERT, Tratado II, 1939, 58 (n.1); ARIAS, Derecho de Familia, 1952, 78

200 "los redactores del código expresaron que el matrimonio difiere de los otros contratos, pero lo consideraron como un contrato": BONNECASE, La filosofía, 1945, 168 s.

201 Tit.II, art.7: "La ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil. El poder legislativo establecerá para todos los habitantes, sin distinción, los modos de hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones, y designará los funcionarios públicos que hayan de autorizar y conservar las actas": COLIN, Ambrosio/CAPITANT Henry; Curso elemental de Derecho Civil, T.I, Introducción, Estado civil, domicilio y ausencia; traducción de la 2ª edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas del derecho civil español por Demófilo de Buen, José Castán Tobeñas y José Mª. Castán Vázquez, 4ª edic. revisada y puesta al día por Pascual Marín; editorial Reus S.A; Madrid, 1975; pág.326.

202 ESPÍN, ADC julio- septiembre, 1963, 784.

203 ALONSO PÉREZ, AC 1998-1, 11, opina que a través del Código, Napoleón desembaraza a la institución familiar y por tanto matrimonial de los excesos jacobinos, preservando modelos del ancien régime en concurrence con el nuevo modelo burgués.

los códigos inspirados en éste²⁰⁴. Lo que no debe dejarse de mencionar es que realmente el llamado matrimonio civil constituye, en su regulación, una transcripción de la normativa canónica al texto de las leyes y códigos²⁰⁵.

2.3.4 El matrimonio civil

Ciertamente, se puede afirmar que el matrimonio civil²⁰⁶ encuentra su fuente en la tesis regalista sobre el matrimonio contrato-sacramento de la cual puede bien considerarse como su cristalización. Es la amalgama resultante de la conjunción de las tesis adversas a la jurisdicción eclesiástica sobre la institución matrimonial y las corrientes teológicas, filosóficas y jurídicas que se alimentaron del ansia de traspasar al Estado la jurisdicción matrimonial a partir de la distinción entre contrato y sacramento^{207 208}.

No obstante, en la conformación del matrimonio meramente civil influye otro aspecto que se deriva de la concepción contractualista. Nos referimos a la excesiva importancia que al negocio contractual se otorgó dentro de las doctrinas jurídicas por la incidencia de la filosofía espiritualista, que finalmente inspiró el

204 Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M/ LEÓN ALONSO José; Lecciones de Derecho Civil, El Matrimonio; Facultad de derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, 20.

205 GARCÍA CANTERO, AC 1993-3, 536; ROYO, Derecho, 1949, 26; PLANIOL/RIPERT, Tratado II, 1939, 53. Pero sólo dos elementos le separan del modelo propiamente canónico, la admisión del divorcio vincular y la irrelevancia de la consumación: NAVARRETE, REDCAN 51, 1994, 470; Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis; Familia, Matrimonio y divorcio; Astrea; Buenos Aires; 1998; pág.157

206 Que nunca había sido conocido en occidente, según lo demuestra la historia: PERRONE; Del matrimonio civil, Opúsculo formado por la Librería religiosa, con base en la obra del autor Del Matrimonio Cristiano; Librería religiosa; Barcelona; 1859; 124-136.

207 GERPE, La potestad, 1970, 131 s; NAVARRO VALLS, Rafael; El matrimonio, en: GONZÁLEZ DEL VALLE, José M/ LOMBARDÍA, Pedro/LÓPEZ ALARCÓN, Mariano/ NAVARRO VALLS, Rafael/VILADRICH, Pedro-Juan; Derecho Eclesiástico del Estado español, 2ª edic. 1ª reimpresión; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1983, pág. 407, En el mismo sentido GERPE GERPE, Manuel; La potestad del Estado en el matrimonio de Cristianos y la noción Contrato- Sacramento; Instituto "San Raimundo de Peñafort", Consejo Superior de investigaciones científicas; Salamanca; 1970, pág.13; ALONSO PÉREZ, RDPRIV, LXII, febrero 1978, 14; KIPP/WOLFF, Tratado IV, 1, 1979,13 ss.

208 Irónicamente expone LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Estudios 1962, 255 y en IC II, 1962: "La institución del matrimonio civil es producto de la unión de dos fuerzas que en su indigencia se atraen recíprocamente desde su misma génesis histórica: la tendencia absolutista del estado moderno y el fenómeno social de división religiosa provocado por la reforma protestante"

código napoleónico²⁰⁹, por obra de Pothier, quien como vimos antes, además de reflejar en sus escritos la incidencia de la doctrina del contrato social de Rousseau, también deja entrever el pensamiento voluntarista de Main de Biran. Cuya idea filosófica básica la constituye la voluntad, idea que le lleva a parodiar a Descartes, cuando expresa que *"quiero luego existo"*. Esta premisa es la que motiva que conciba que el Derecho sólo tiene una función de protección del desarrollo de esa libertad que es ínsita del hombre, asegurando de tal manera la paz social²¹⁰. Este tipo de exabruptos son los que conducirán a afirmaciones como la de Foullé: *"quien dice contractual, dice justo"*.

Este es el itinerario que la doctrina occidental sobre el matrimonio tuvo y que es la causa de la idea contractual que respecto de esta institución ha campeado dentro de las doctrinas del Derecho civil.



209 Por ello se ha dicho que la codificación napoleónica, hunde sus raíces en el "humus" del campo del iluminismo del setecientos, siendo así, manifestación de un iusnaturalismo meditado sobre bases diversas: TODESCAN, Franco; *Le radici Teologiche del giusnaturalismo laico II*; Giuffrè; Milano; 1987; pág. 9.

210 Ante semejante concepción ha dicho LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 1979, 750, que, "el error del individualismo consiste en considerar todas las instituciones jurídicas y la comunidad internacional, exclusivamente *sub specie societatis* y, por tanto, bajo la figura jurídica del contrato".